

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

NOTION DU PRIVILÈGE

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 4 Mai 1911, à 1 h. 1/2

PAR

G. BRIAULT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. MASSIGLI, professeur

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur
BARTIN, professeur*

PARIS (5°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1911

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

DE LA

NOTION DU PRIVILÈGE

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 4 Mai 1911, à 1 h. 1/2

PAR

G. BRIAULT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. MASSIGLI, professeur

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur
BARTIN, professeur*



PARIS (3°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1911

Digitized by the Internet Archive
in 2026

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DES OUVRAGES QUI FURENT PLUS SPÉCIALEMENT CONSULTÉS

- ACCARIAS. — *Précis du droit romain*, 2 vol., in-8°, 4^e édition, 1886-1891.
- ARGOU. — *Institution au droit français*, 2 vol., 11^e édition, Paris 1887.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 8 vol., 4^e édition 1869-1878.
- BARDET. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, 2 vol., nouv. édition, Paris, 1773.
- BASNAGE. — *Traité des hypothèques*, 2 vol., 4^e édition, Rouen, 1867.
- BEAUCHET. — *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 2 vol., Paris, 1897.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES. — *Des privilèges et hypothèques*, 3 vol., 3^e éd., 1906.
- BEAUMANOIR. — *Coutume de Beauvaisis*, édit. Salmon, 1899-1900.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français : des sûretés personnelles et réelles*, 2 vol., 1900.
- BIANCHI. — *Dei Privilegi*, 2 vol. (ouvrage italien), Naples, 1894.
- BOUGUIER. — *Arrests de la Cour*, 1 vol., Paris, 1634.
- BOURJON. — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, 2 vol., 1747.
- BOUTELLER. — *Le grand Coustumier et pratique de droict civil et canon*, Paris, 1621.

- BRISSAUD. — *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, 2 vol., Paris, 1904.
- CAILLEMER. — *Restitution de la dot*.
- CAPITANT. — *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édit., Paris, 1904.
- CHIRONI. — *Trattato dei privilegi*, 2 vol., Turin, 1901.
- COLMET DE SANTERRE (Demante et). — *Cours analytique*, 9 vol., 2^e édit., 1881-1895.
- CUQ. — *Institution juridique des Romains*, 2 vol., nouvelle édition, 1908.
- DARESTE, HAUSSOULIER, REINAGH. — *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, 1 vol., 1898.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., 1845-1896.
- DENISART. — *Collection de décisions nouvelles*, 7^e édit., 1771.
- DOMAT. — *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2 vol.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 22 vol., 1842.
- ESMEIN. — *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*, 3^e étude, *l'exécution sur les immeubles et l'« obligation »*, 1 br., Paris, 1883.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1888.
- FERRIÈRE. — *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1779.
- FERRIÈRE. — *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 4 vol., Paris, 1714.
- GIRAUD. — *Précis de l'ancien droit coutumier français*, 2^e édition, 1875.
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*, 8 vol., Paris, 1896.
- Grand Coutumier de France*, édition Laboulaye et Dareste, Paris, 1868 reproduisant une édition de 1514.
- GUILLOUARD. — *Traité des privilèges et hypothèques*, suite à l'ouvrage de M. Demolombe.
- GUIRAUD. — *La propriété foncière en Grèce*, 1 vol., Paris, 1893.
- HENRYS. — *Œuvres de Cl. Henry*, par Bretonnier, 4 vol., Paris, 1771.
- LABBÉ. — *Des privilèges sur les créances*, *Revue critique*, 1876.
- LAPEYRÈRE. — *Décisions sommaires du Palais*, nouvelle édition, Bordeaux, 1749.

- LAURIÈRE (Eusèbe de). — *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté Paris*, 1778.
- LHOMMEAU (Pierre de). — *Maximes générales du droit français, avec les notes et observations de Paul Challines, avocat au Parlement*, Paris, 1675.
- LOCRE. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol., Paris, 1832.
- LOUET. — *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris sous Bordeaux*, 1742.
- LOYSEAU. — *Les œuvres de M. Charles Loyseau, contenant les 5 livres du droit des offices*, Paris, 1646.
- LOYSEL. — *Institutes coutumières avec notes d'E. de Laurière*, 2 vol., Paris, 1846.
- MARTOU. — *Des privilèges et hypothèques*, 4 vol., 2^e édition, 1863.
- MAYNARD. — *Arrests du Parlement de Toulouse*, 2 vol., Toulouse, 1751.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 17 vol., 4^e éd. 1820.
- MONTHOLON (de). — *Arrests de la Cour prononcés en robes rouges*, Paris, 1634.
- PETIT. — *Traité élémentaire de droit romain*, 5^e édition, 1906.
- POTHIER. — *Œuvres annotées par M. Bugnet*, 2^e édition, 1862.
- REVILLOUT. — *Les obligations en droit égyptien*, 1 vol., Paris, 1886.
- SURVILLE. — *Éléments d'un cours de droit civil français*, 3 vol., 1904.
- THEZARD. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, Paris, 1880.
- TROPLONG. — *Droit civil expliqué des privilèges et hypothèques*, 4 vol., Paris, 1835.
- VALETTE. — *Traité des privilèges et des hypothèques*.
-

INTRODUCTION

Le législateur dans l'art. 2093 du Code civil pose le principe de la distribution par contribution, lequel n'est lui-même que le corollaire de la règle fondamentale d'égalité de traitement des créanciers. Ceux-ci n'ont qu'une même garantie, le patrimoine de leur débiteur et ils ont sur lui des droits égaux. Cette situation, indifférente lorsque le débiteur est à même de faire face à toutes ses obligations, devient, au contraire fertile en conséquences lorsque le débiteur est insolvable. Puisque les créanciers ont tous des droits de même force, ils recevront une partie de leur gage commun, proportionnelle au montant de leur créance ; ce sera un dividende. Ainsi se trouve écartée telle solution qui tendrait à payer intégralement telle créance, les autres ne recevant rien.

Cependant à toute règle, il est des exceptions et l'art. 2093 le reconnaît lui-même « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et

le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Dans ce dernier cas prévu par l'article 2093, les créanciers cessent d'être tous sur un pied d'égalité ; parmi eux, quelques-uns se détachent et précédant le groupe demandent et obtiennent le paiement de leur créance par préférence. Tantôt ceci n'est que le résultat d'un acte de volonté de la part du créancier, tantôt c'est une disposition légale qui octroie à la créance cette faveur.

On conçoit aisément d'abord, qu'un créancier, soucieux de ses intérêts, ne pouvant par le moyen d'une créance simplement personnelle, s'assurer du paiement de son dû, recherche une garantie spéciale qui le distinguant de l'ensemble des créanciers ordinaires, le mette au-dessus d'eux et le rende préférable. Cette sûreté c'est un gage, c'est une hypothèque. A son titre de créancier personnel, est ajoutée ainsi une qualité qui lui donnera le premier rang. Il ne rentre pas dans cette étude de savoir dans quelles conditions, ce droit de préférence peut prendre naissance, dans quelle mesure il peut s'exercer ; nous nous bornons à dégager cette idée d'un avantage spécial que la loi permet au créancier de se concéder à lui-même. Mais le législateur ne s'en est pas tenu là ; et après avoir constaté que dans un certain nombre de cas, telle créance ou tel créancier méritait un traitement spécial, il leur concéda d'office cet avantage.

Il fallait, en effet, assurer a certains créanciers plus qu'à tous autres, en raison de leur qualité, leur paiement intégral et leur éviter le concours habituel. Ce résultat fut obtenu par le moyen d'une faveur qui est tantôt un privilège, tantôt une hypothèque légale. Le créancier auquel cette concession est faite, passe le premier, dans le règlement, dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur, et les créances chirographaires ne sont acquittées que s'il reste quelque chose, après le complet paiement des créanciers hypothécaires et des créanciers privilégiés.

Cette idée formulée dans le Code civil n'est pas nouvelle, puisqu'on la trouve dans les textes romains. Elle s'est après eux affirmée dans notre ancien droit (1) et c'est là que le législateur de l'an VIII synthétisant les vieux principes, a puisé l'idée et les termes mêmes des art. 2093 à 2095.

Ces quelques indications préliminaires données nous étudierons la notion du privilège aux deux points de vue suivants : 1° la notion du privilège considéré en lui-même, c'est-à-dire l'idée qu'on s'en fait dégagée de toute préoccupation pratique concernant les rapports des créanciers entre eux, ce qu'un auteur italien M. Bianchi (n° 70, t. I) appelle la « entita ». Au cours de ce premier chapitre nous rechercherons l'origine

(1) Ferrière, *Compil. des com. sur la cout. de Paris*, II, p. II; 248, n° 131.

de notre institution et son degré d'ancienneté par rapport à l'hypothèque (section I), le besoin auquel sa création donna satisfaction (section II), ses sources (section III), enfin sa nature intrinsèque (section IV)(1).

2° Dans un chapitre II : de la notion du privilège envisagé dans quelques-unes de ses conséquences, nous étudierons comment le privilège se comporte à l'égard des biens assujettis (section I), et les rapports nouveaux qu'il engendre entre les créanciers (section II).

3° Enfin un chapitre III, consacré au parallèle de cette notion avec la notion du droit d'hypothèque, permettra de caractériser mieux encore l'objet de notre étude.

Au cours de ce travail nous rechercherons constamment quelles furent, sur les points étudiés, la solution romaine et celle de notre ancien droit que nous opposerons ainsi aux données que le Code civil peut fournir dans les art. 2095 à 2099, 2104 et 2105.

(1) Il peut paraitre paradoxal d'étudier le privilège sans étudier la préférence qu'il marque entre les créanciers ; puisque par définition ce droit est un *avantage*, marque l'idée d'une supériorité et se confond avec le droit de préférence ; vouloir les séparer, c'est vouloir les détruire ; aussi n'est-ce pas ce que nous voulons faire ; par notion du privilège considéré en soi nous n'entendons que l'idée philosophique du privilège avec ses éléments théoriques, son caractère abstrait ; sans rechercher ses conséquences pratiques qui seront étudiées plus loin dans leurs traits essentiels.

DE LA
NOTION DU PRIVILÈGE
EN
DROIT CIVIL FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

DE LA NOTION DU PRIVILÈGE CONSIDÉRÉ EN LUI-MÊME

SECTION I

De la date de la création du privilège

§ 1. — *Droit grec.*

1. La législation grecque ne semble pas avoir dégagé la notion du privilège, avec la netteté qui caractérisa les législations postérieures, du système des garanties que forment avec elle l'hypothèque et le gage. Il semble, lorsqu'on étudie les textes d'un peu près, les ouvrages des orateurs, les inscriptions trouvées, éparses çà et là, que pour le peuple hellénique, il n'y ait eu seulement qu'une notion de sûreté réelle qui affecta une forme assez pareille à celle de notre hypothèque ; « les notions de privilège et d'hypothèque

d'une part, et de nantissement de l'autre sont, dit un auteur, des notions voisines qui se mêlent et s'enchevêtrent donnant naissance à des confusions, qui font de l'étude de ces matières un chapitre redoutable du droit grec (1) ».

Et, en effet, l'on conçoit que des législations primitives, malgré tout le degré de culture juridique, jusqu'auquel elles ont évolué, n'aient pu parvenir à édifier sans les confondre des théories aussi semblables par leurs caractères et par leurs effets que celles des trois grandes classes de sûretés réelles. Il a fallu sans doute les qualités de précision du droit romain qui fut le peuple juridique par excellence, pour différencier les unes des autres.

Pour le peuple grec, ces distinctions eussent fait l'effet de pures subtilités. Cela est d'autant plus croyable, que dans le même ordre d'idées, il ne fit pas davantage la différence que nous considérons pourtant comme essentielle, de la garantie réelle accordée par le débiteur au créancier, avec ou sans dessaisissement suivant les cas (2). Cette distinction à nos yeux est cependant essentielle, et dans le domaine de la pratique, a toute l'importance qui sépare le nantissement (gage ou antichrèse) de l'hypothèque. Comment donc supposer que les grecs aient pu distinguer de cette dernière le privilège qui présente avec elle des points de contacts apparents infiniment plus nombreux, et possède le même effet caractéristique : le droit de pré-

(1) May, *Grande Encyclopédie*, v. Privilège.

(2) May, *loc. cit.*, Revillout. p. 442.

férence au profit du créancier hypothécaire ou privilégié sur les autres.

Le gage ou l'antichrèse peuvent aux yeux d'un peuple primitif, qui ne juge les droits que par les faits, la nature des choses que par la forme extérieure qu'elles revêtent, ces sûretés peuvent, disons-nous, être considérées comme une forme de la propriété, c'est un droit de propriété en puissance, d'autant mieux que dans ces législations anciennes elles aboutissent à ce résultat (1) ; l'hypothèque, au contraire, le privilège de même n'ont pas une forme aussi absolue. Et pourtant le droit grec a tout confondu du moins à l'origine.

Plus tard à Athènes, puis dans toute la Grèce, il s'opérera une différenciation (2) entre les divers types de garanties réelles. L'hypothèque ne sera plus qu'un accessoire d'un droit de créance et non plus un droit tendant à devenir un droit de propriété. Mais la notion du privilège n'a pas suivi ce mouvement et elle ne s'est point dégagée. Le créancier, comme le remarque fort justement M. Dareste (une loi Ephésienne, p. 16), avait « bien plus qu'un droit de préférence sur le prix, c'était l'immeuble même qu'il acquérait.

(1) Guiraud, p. 288. Revillout, p. 180 ; en droit romain c'est aussi la conséquence de la *lex commissaria*.

(2) Nous n'avons pas à rechercher ici, sous quelle influence elle s'est opérée ; quelques auteurs estiment qu'il faut y voir au moins dans une certaine mesure la conséquence du *pignus caput*, de « l'usage par lequel le créancier dans diverses circonstances... peut prendre en gage les biens de son débiteur » (May, *loc. cit.*).

Si donc il le vendait pour un prix inférieur à sa créance, il pouvait réclamer la différence à son débiteur ; mais si en sens contraire il trouvait dans la vente un bénéfice, il le conservait sans rembourser quoique ce soit (Dittemberger, *Sylog inscript. groec.*, 233, l. 72).

2. Il semblerait pourtant admis par certains auteurs éminents (1) que le droit grec ait connu le privilège sinon dans tous les cas, du moins dans quelques-uns de ceux où le droit romain, puis notre droit, introduisirent cette notion.

« Une catégorie nouvelle (d'inscriptions hypothécaires) est, disent-ils, celle des simples ventes dans lesquelles l'acquéreur reste débiteur du prix. La créance ainsi garantie par l'inscription est un véritable privilège du vendeur » et les inscriptions sur lesquelles ils établissent cette constatation sont les suivantes : Ὅρος χωρίου πεπραμένου Ἐρανιστᾶς τοῖς μετὰ. Καλλιτελους ΗΗΗΔΛ. *Enseigne d'un terrain vendu aux Eranistes qui sont avec Calliteles 420 drachmes.* — Εὔπι θεοφράστου ἄρχοντος ὅρος χωρίου τίμησ ἑνοφειλομενης ἀνοστράτω Παιανίῃ XX. *Sous l'archantat de Theophraste (313 avant J.-C) enseigne d'un terrain dont le prix est dû à Phanotratos de Pœania 2.000 drachmes* (2). Si la première de ces deux inscriptions peut paraître douteuse, la seconde semble à ces auteurs des plus caractéristiques et attester l'existence certaine du privilège immobilier que notre droit

(1) Dareste, Haussoulier, Reinach, p. 126.

(2) Dareste... *loc. cit.*, p. 116.

reconnait dans l'art. 2.103, 1^{er} alinéa. Et cette opinion a entraîné quelques suffrages (1).

Est-elle exacte ? Le droit, dont ces inscriptions révèlent l'existence, est-il un véritable privilège ? n'est-ce pas, au contraire, un simple droit d'hypothèque que le vendeur à terme, devenu créancier du prix, a eu soin de se faire concéder comme tout autre créancier diligent, et doutant de la solvabilité de l'acheteur eut pu le faire ? Ces inscriptions hypothécaires ordinaires ne présentent rien qui puisse permettre de supposer que le droit que le vendeur s'est réservé soit autre chose qu'une hypothèque ; il n'y est point dit, par exemple, que l'action dont il est ainsi le bénéficiaire primera les actions hypothécaires ordinaires dont la publicité était assurée, comme pour elles au moyen des *ὑποτ.* Rien dans ces lignes ne venant mettre le paiement du vendeur avant les autres, rien non plus ne le lui concédant de plein droit, il faut en conclure que sa créance n'a pas seulement l'aspect d'une créance hypothécaire, mais qu'elle en a également les règles de fond. Elle obéit par suite au règlement habituel du concours des créanciers hypothécaires entre eux (2), c'est-à-dire que les hypothèques les plus anciennes étaient payées les premières (3).

2 *bis*. C'est une solution pareille, qu'on doit donner en ce qui concerne le privilège des copartageants dont les

(1) Guiraud, p. 285. — Beauchet, III, p. 197.

(2) Guiraud, p. 290.

(3) *Inscriptions juridiques*, p. 314. — Dareste, *Bull. de corresp. hellén.* II, p. 485.

auteurs du recueil des *Inscriptions grecques* admettent l'existence (1). L'inscription dont il est question est ainsi redigée »[ὅρος χωρίου καὶ τῶν μισθωμάτων... νῶν δὲ κατενεχεῖν εἰς τοὺς Ἐράνους κατὰ τὸν δαίτην τὸν κείμενον παρὰ Σ... Τραγίῳ Λ. *Enseigne d'un terrain et de fermage, que l'on doit payer aux Eranes conformément à l'acte de partage déposé chez S. de Tragia.*

Cette inscription, qui d'après ces auteurs établiraient le privilège des copartageants, est très ingénieusement expliquée par eux de cette façon : « plusieurs héritiers se sont partagés une succession, et l'acte de partage (ὁ δαίμων : δασμός) a été déposé chez un Maxien de Tragia. Dans la part de l'un des copartageants N..., se trouvait le droit au bail d'un champ loué par les Eranes au défunt. L'obligation de payer les fermages était ainsi mise à la charge de N... qui, pour avoir un recours contre ses copartageants, a pris une hypothèque sur leurs biens (2). » Cette explication détruit catégoriquement l'existence présumée d'un privilège ; les copartageants ont établi une hypothèque sur les biens successoraux, c'est donc que la loi n'avait pas pris ce soin ; d'autre part, il n'est pas prouvé que cette hypothèque fut préférable aux autres. Concluons donc que ce prétendu privilège des copartageants était aussi inconnu en Grèce que celui du vendeur. Le nom n'était pas prononcé, et les caractères que nous lui attribuons ne sont point manifestes.

(1) P. 118.

(2) Dareste, *loc cit.*, p. 147. — Guiraud, p. 285.

2^{ter}. Toutefois, la question de l'existence du privilège en Grèce devient peut-être plus délicate en ce qui concerne la garantie donnée à la femme mariée pour la restitution de sa dot. Les textes à cet égard semblent plus probants que pour les privilèges du vendeur et du copartageant. D'après un passage de l'*Etymologicum magnum* la préférence appartenait à la femme créancière de son mari pour ses reprises, et elle exerçait ce droit à l'encontre des autres créanciers de ce dernier. "ἐξῆνδὲ τῇ γυναίξει πρῶτον τὴν οφειλομένην προ καζητέει" (*Etymologicum magnum*, 340, 44). La solution qu'on en tire est pratiquée lorsque les biens du mari se trouvaient l'objet d'une confiscation par le fisc pour être vendus à son profit. Les corps certains qui malgré le mariage sont restés la propriété de la femme étaient restitués en nature ; quant aux choses fongibles la femme ne pouvait naturellement pas les revendiquer ; seulement elle en peut réclamer la valeur, et c'est pour cette réclamation qu'elle primait les autres créanciers du mari d'après le passage de l'*Etymologicum magnum* cité ci-dessus. S'il en était ainsi, le privilège de la femme mariée serait indéniable. C'est ce qu'affirment quelques auteurs (1).

Faut-il voir vraiment dans ce texte une attestation formelle de notre institution ? oui répond M. Caillemer, la femme pourra d'abord réclamer la dot qui lui est due, et

(1) Samuel Petit, *commentarius in lege attica*, l. VI, t. II, § 2.
« Quare et publicatis mariti bonis das ad uxore eximebatur et repetabatur aute alios omnes quotquet debitores..... »

le créancier auquel le mari aura emprunté une somme d'argent au cours du mariage pourra, mais après elle, exercer son droit de créance (1). A notre avis ce texte n'est pas décisif et nous n'en voulons pour preuve que l'explication très naturelle qu'en donne M. Beauchet (2). « Ce texte, écrit-il, suppose que la femme vient ordinairement avant le créancier prêteur, parce que l'hypothèque dotale qui est, en principe, constituée lors de la célébration du mariage, passe naturellement avant celle qui a été consentie au cours du mariage seulement en faveur du créancier prêteur. » Et, en effet, au moment du mariage, il était d'usage en Grèce de garantir la restitution de la dot de la femme par une hypothèque constituée sur les biens du mari (3). C'est un Athénien du nom d'Aphobos qui épouse la sœur d'un compatriote Onétos, laquelle apporte en dot à son mari 80 mines ; en conséquence, Onétos prend inscription pour 2 000 drachmes sur une maison de son beau-frère et pour un talent sur un fonds de terre (Démosthène, XXXI-1). Comme la priorité de date entraînait la priorité de rangs entre les hypothèques, la créance hypothécaire de la femme devait naturellement être payée par préférence de celle des créanciers hypothécaires postérieurs.

M. Caillemet (4) cherchant ailleurs la preuve de l'exis-

(1) Caillemet, *Restitution de la dot*, p. 37.

(2) *Loc. cit.*, t. I. p. 333.

(3) Guiraud, p. 284. — Dareste..., p. 109-111.

(4) p. 37.

tence du privilège au profit de la femme, a voulu la trouver dans ce fait que sur quelques-uns des *ἐπολ*, qui assuraient la publicité de l'hypothèque matrimoniale, ne figurait pas le nom de l'archonte qui présida à sa constitution. Selon lui l'hypothèque dotale, affectant une forme extérieure différente des hypothèques ordinaires, devait être différente de nature et probablement privilégiée. Cette déduction pourrait avoir quelque poids si son fondement était rigoureusement immuable, or, il n'en est rien et fréquemment on relève dans les inscriptions hypothécaires dotales le nom de l'archonte (1).

L'hypothèque conventionnelle de la femme n'était donc qu'une hypothèque ordinaire ; il n'y en avait pas d'ailleurs qui fussent légales (2). Qu'en devons-nous conclure, sinon que la femme pour ses reprises dotales n'était qu'une créancière de son mari, sans faveur spéciale ; que lorsque par précaution elle se munissait d'une hypothèque, celle-ci obéissait aux règles communes à toutes les hypothèques et, en particulier, à la règle relative au règlement de leurs concours ; l'hypothèque de la femme primait les hypothèques de dates plus récentes, mais elle cédait le pas devant de plus anciennes.

Les mineurs n'avaient pas davantage d'hypothèque privilégiée sur les biens de leur tuteur. Leurs créances éventuelles n'étaient garanties que par une hypothèque con-

(1) Dareste, p. 100, n° 10 et s.

(2) Beauchet, III, p. 235. — Dareste, ... p. 127.

ventionnelle générale (1) sans faveur spéciale. Encore n'était-ce l'usage qu'à Ephèse, et les Athéniens n'avaient-ils rien de pareil.

3. De cette absence de la notion du privilège véritable en Grèce, nous ne concluons pas d'ailleurs que toujours et dans tous les cas, les créanciers chirographaires aient été soumis à une stricte égalité, que la loi du concours ne reçut jamais d'exception. Nous retrouvons pour certains d'entre eux un avantage particulier consistant dans la faculté de saisir (ενεχυρασια) sans jugement préalable les biens du débiteur, sans attendre, par suite, l'arrivée des autres créanciers que les formalités judiciaires habituelles devaient forcément retarder. Le créancier ainsi favorisé s'adjugeait en gage des biens dont la valeur lui était une couverture suffisante et peut-être à ce point de vue y avait-il pour lui un privilège. Mais le nom donné à ce droit, ne doit pas faire illusion (2), c'est de la constitution du gage que découle pour le créancier la certitude d'être payé, et s'il y a une faveur dans cette opération juridique, elle réside principalement dans l'autorisa-

(1) Dareste, p. 108 et 109.

(2) « Ce n'est point, dit M. Beauchet, t. III, p. 233, que les créances soient munies de ce que dans le droit moderne nous nommons un privilège, car le privilège supérieur à l'hypothèque comporte par lui-même un droit réel sur les biens qu'il affecte. Dans le droit grec la nature favorable de la créance ne fait point naître *ipso jure* un droit réel, au profit du créancier, cela l'autorise seulement à saisir sans jugement préalable les biens de son débiteur et à acquérir par cette saisie un droit réel sur ses biens. »

tion donnée au créancier de saisir tout jugement préalable. Son paiement n'est que la conséquence indirecte de son privilège.

C'est au fond un avantage tout à fait analogue à celui que notre ancien droit attribuait au premier saisissant (1). Lorsque celui-ci avait saisi une portion plus ou moins vaste du patrimoine du débiteur commun, qu'il l'avait ainsi soustraite dans une certaine mesure à l'action de ses créanciers, la saisie plus tardive opérée par eux devait avoir nécessairement une intensité moindre. Elle était en quelque sorte paralysée au moins en partie par la préemption du créancier plus favorisé (droit grec) ou plus diligent (ancien droit).

Cette faveur se manifeste dans quelques inscriptions grecques. C'est, par exemple, un contrat de louage passé entre le dème d'Aïxoué, propriétaire d'un fonds, et un habitant nommé Autoclès ; il est stipulé que les fermages de ce bail passé pour quarante ans seront payés au mois d'Hécatombéon ; et, à défaut, le dème aura le droit de pratiquer une saisie sur la récolte du domaine et sur tous les autres biens de son locataire (2). De même, c'est un prêt consenti à la ville d'Arkesiné, par Alexandros habitant de cette ville ; la somme est importante, il s'agit de dix mille et cent trente drachmes d'argent attique. Quant aux intérêts, à savoir douze mines et..., ils seront payés

1) Beaumanoir, xxxiv, 52.

(2) Dareste, p, 239.

chaque année par les trésoriers chargés de recueillir les revenus des Arkesinéens ; à défaut de paiement, les trésoriers qui n'auront pas payé, pourront être saisis et exécutés par Alexandros, qui prendra sur leurs propres biens deux fois la somme due, par toutes voies d'exécution, comme s'ils eussent été condamnés sur l'action en exécution de chose jugée par un tribunal... (1).

Bien plus, dans certains cas le créancier pouvait procéder à la saisie, même en l'absence d'une clause contractuelle. Dans le discours de Démosthène contre Energos et Mnésibule, l'orateur nous dit qu'il procéda contre Théophrème à une saisie *κατά τε τοὺς νόμους τὰ καὶ τὰ ψηφίσματα* ; il fallait l'obliger à rendre des agrés que l'État lui avait livré (2).

On le voit par ces exemples, il n'y a pas de privilège proprement dit dans ce droit de préférence accordé au créancier. Cette préférence n'a pas, comme chez nous ou à Rome, le double caractère d'être un avantage à la fois sur le prix des biens du débiteur et attaché à la qualité de la créance. Le résultat obtenu par cette saisie immédiate n'est obtenu que de façon détournée. Elle n'est d'ailleurs accordée originairement qu'au profit de personnes morales (villes — collèges religieux) ou contre elles. Pour les créances conclues entre particuliers les exemples sont assez rares. Ils ne concernent que des prises de gages effec-

(1) Dareste, p. 317.

(2) V. de même *Antiphon sup. Chorentu*, § 2.

tuées sur des animaux (1), lorsque par leur fait, la propriété d'autrui a souffert quelques dégradations.

4. C'est une faveur du même genre qu'on reconnaissait au fisc en Babylonie sous le nom de *πρωτοπραξία* (2) pour le vertigal, pour les impôts qui étaient perçus par le trésor public en vertu du droit de propriété éminent de l'Etat ; le fisc primait tous les autres créanciers ; dans ces cas « il venait comme un propriétaire ayant des droits théoriquement antérieurs et supérieurs à ceux que pouvait invoquer le tiers détenteur des biens de son débiteur ou ses ayants cause. » En dehors des impôts, des tributs, la *πραξίς* du fisc prenait rang entre les hypothèques des autres créanciers à sa date et obéissait aux mêmes règles. C'était cependant à un certain point de vue l'objet d'une faveur spéciale, puisqu'elle était tacite.

Quant aux effets de la *πρωτοπραξία*, ils étaient tout à fait remarquables ; toutes les fois que le fisc l'exerçait, il mettait en cause tous les contrats antérieurement passés ; voici comment : un fonctionnaire ayant reçu de l'Etat des emboliques, stratège où autre, avait ses biens affectés à la garantie de ses dettes vis-à-vis du Trésor. S'il contractait avec des tiers pendant la durée de ses fonctions publiques, les biens qu'il leur avait vendus, les sommes d'argent données en paiement, les hypothèques cédées sur ses biens, restaient soumis à la *πρωτοπραξία* éventuelle du fisc ; et lors-

(1) *Journal of hellenic studies* VIII, p. 493.

(2) Revillout, p. 205, 212 et 213.

qu'elle s'exerçait, elle bouleversait tout. L'acheteur d'un bien appartenant à un stratège n'était pas assuré d'en conserver la propriété ; le créancier payé pouvait toujours craindre de se voir retirer la somme reçue, le créancier hypothécaire de se voir premer, quoique premier en rang, par le fisc. Cette πρωτοπραξια était donc d'une menace constante de bouleversement et apportait l'incertitude dans tous les contrats. Quelques personnes même en faisaient remonter frauduleusement l'exercice à une date antérieure à l'entrée en fonctions du fonctionnaire, pour atteindre les contrats passés avant cette entrée en fonctions ; c'était là un abus que vint reprimer un édit du préfet d'Egypte, Tiberius Alexander en l'an 68 de notre ère (1).

Faut-il voir dans cette πρωτοπραξια un privilège ? nous ne le croyons pas. Il n'y a pas plus que dans l'ενεχυρασις des Grecs, de privilège au sens romain ou moderne du mot. C'est une faveur légale incontestablement, ce n'est pas un privilège tel que les jurisconsultes romains l'admettaient. Il suffit pour s'en convaincre de constater que le privilège véritable ne rentre en jeu qu'au moment de la vente des biens du débiteur, tandis qu'en Egypte comme en Grèce, la saisie privilégiée n'aboutit qu'à une mainmise par le créancier opérée sur les biens du débiteur ; mainmise qui n'est pas nécessairement suivie d'une vente. Ce n'est donc pas un droit favorable sur le prix, c'est un droit de gage

(1) M. Cuq à son cours, *organisation judiciaire de l'Egypte*, année, 1908-1909.

sur la chose. Une fois la saisie effectuée peut-être pourrait-on voir là une situation un peu pareille à celle de notre droit de rétention et si le créancier qui a opéré la saisie privilégiée (parce que faite sans jugement préalable) vient à prendre la possession du gage, tel autre créancier en mesure de saisir, pourra s'emparer du bien et le confisquer à son profit.

La notion du privilège n'était donc pas en Grèce tant s'en faut celle d'une préférence légale sur un prix ; et ce terme employé pour désigner telle institution ancienne, grecque ou égyptienne ne doit pas faire illusion. L'idée de la faveur, que consacra notre art. 2095, est une création romaine, qui devait inspirer plus tard les législations latines.

§ 2. — *Droit romain.*

5. S'il est intéressant de constater la présence du privilège dans les textes classiques, il ne l'est pas moins de rechercher vers quelle époque apparut cette notion en droit romain. C'est là d'ailleurs une question à laquelle il semble difficile de répondre, les textes étant sur ce point des moins explicites. Pourtant on peut conjecturer qu'il n'apparût guère avant la seconde moitié du ^{vii}e siècle de Rome.

Ainsi que nous aurons l'occasion de le dire, le privilège n'est pas autre chose en droit romain qu'un tour de faveur accordé à certains créanciers lors de la distribution des

deniers provenant de la vente des biens du débiteur (le privilège n'est qu'un droit sur la valeur de la chose). Or, la *venditio bonorum* fut introduite par un prêteur du nom de Rutilius et cela probablement à la fin du ^{vi}e ou au début du ^{vii}e siècle de Rome (1). Comme le privilège s'exerçait précisément au moment de la vente en bloc du patrimoine endetté, il a dû apparaître comme une conséquence même de cette vente en masse, qui soulevait les conflits entre les créanciers. Lorsque le *bonorum emptor* avait remis entre les mains du syndic la somme pour laquelle lui avaient été attribués tous les biens du débiteur vendu, le syndic en opérait alors la répartition entre les créanciers (2). Chacun d'eux touchait un dividende. Mais ce dividende ne leur était donné, qu'autant que certains créanciers avaient été au préalable entièrement désintéressés. Ces créanciers favorisés étaient les créanciers privilégiés.

On se rend compte déjà par la place qu'occupe le groupe des créanciers privilégiés au moment de la distribution des deniers du débiteur insolvable (seul cas où le privilège peut avoir un effet utile) que le privilège était un droit pour le créancier favorisé d'être payé par préférence aux créanciers chirographaires et c'est, en effet, ce que la lecture des passages du *Digeste* et du *Code* qui traitent de cette matière font parfaitement comprendre (3).

(1) Gaius, *Ad edi*, IV., § 35.

(2) Accarias, t. II, p. 178.

(3) L. 74, D. *de jure dot.*, XXIII, 3. L. 9, C. *qui pot.*, VIII, 18.

La [présence des créanciers privilégiés en face des autres créanciers n'a donc d'effet nuisible qu'à l'égard des simples créanciers personnels ; pour ceux dont la créance était garantie par un gage ou une hypothèque, peu leur importait, que les créanciers, avec lesquels ils concouraient, fussent ou non assortis d'un privilège ; ils passaient toujours les premiers, et c'est seulement après avoir été complètement désintéressés, qu'intervenait la question du privilège pour la distribution du reste des deniers.

Il est probable que ce conflit entre créanciers chirographaires et privilégiés fut le seul que connut d'abord le droit romain. Jusqu'à l'apparition de l'hypothèque dans les premières années de l'empire (1) le privilège fut sans doute la seule cause qui vint modifier le principe de l'égalité des créanciers entre eux (2). Ce fut probablement une création des derniers siècles de la République, postérieure à la création de la *venditio bonorum*, (voir *supra*), mais antérieure à celle de l'hypothèque. Les raisons qui selon nous semblent militer dans le sens de cette dernière affirmation sont d'abord : a) l'extrême simplicité de la notion du privilège, puis b) le remplacement dans certains cas par une hypothèque du privilège annexé à quelques créances.

a) En ce qui concerne l'extrême simplicité du privilège

(1) Petit, p. 253.

(2) Nous mettons à part le gage qui, à ce moment, n'avait aucune influence sur la répartition des deniers provenant de la *venditio bonorum*, le bien donné en gage restant en dehors de cette vente en masse.

romain elle est de toute évidence si l'on veut tenir compte des remarques précédemment faites. Tous les créanciers d'un même débiteur étaient primitivement soumis à une loi d'égalité parfaite. C'est cette loi qui présidait à la répartition des deniers dans la *bonorum venditio* ; « tous les créanciers qui s'étaient présentés en temps utile pour la *missio in possessionem* pouvaient demander à être payés sur le produit de la vente proportionnellement, *pro rata*, en vertu du droit de gage prétorien que leur confère à tous également l'envoi en possession » (1). Puis on s'aperçut que quelques créances risquaient fort avec ce système de n'être pas payées ; or, parmi elles, pouvaient s'en trouver de très dignes d'être intégralement acquittées. Toutes n'ont pas la même cause, bien qu'en définitive elles aient le même objet. Telle créance aura sa raison d'être dans une avance de frais funéraires, que le patrimoine vendu doit supporter ; pour telle autre ce sera un dépôt chez un banquier, fait sans intérêts. Ce sont des exemples ; ils suffisent à montrer que parmi les obligations de toute nature qu'engendrent les rapports pécuniaires des particuliers entre eux, certaines mériteraient plus que d'autres d'être éteintes par un paiement intégral.

Y a-t-il une dette plus favorable que celle des frais funéraires pour reprendre notre exemple, et qui méritât mieux d'être acquittée ? un citoyen romain vient de mourir ;

(1) Pellat, *précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains*, § 153, p. 405.

il faut procéder à son inhumation sans tarder, sans attendre la réalisation pécuniaire, forcément longue, de son patrimoine ; quelqu'un de sa famille, ou même un étranger, l'un de ses amis fait l'avance des frais qu'elle nécessite. Faudra-t-il le mettre sur un pied d'égalité avec les autres créanciers du défunt, et diviser ainsi l'actif successoral, peut-être insuffisant, pour deux, mais qui aurait pu lui donner complète satisfaction ? Certainement non, en même temps qu'il obéissait à un devoir dicté par l'amitié ou la parenté, il se conformait à un acte d'humanité, de piété, qui intéressait aussi l'ordre public. On conçoit que dans ces conditions, et en raison de la cause éminemment favorable de la dette, ou en assura efficacement le paiement.

Les Romains le comprirent fort bien, et dans ce but imaginèrent un procédé très simple : on fit échec au profit de cette créance des frais funéraires et de quelques autres, à la règle d'égalité des créanciers ; on ne modifia pas (nous le verrons par la suite) la nature de la créance, on lui donna simplement le pas sur les autres. Elles continuent toutes d'être chirographaires, mais quelques-unes passent les premières dans la répartition des deniers, et tout est dit. Certains créanciers en vertu de ce principe font valoir un *privilegium exigendi*, ou plus simplement un *privilegium* et sont satisfaits complètement avant tous les autres créanciers qui ne sont pas privilégiés. On voit combien est simple la notion du privilège à Rome et comment il fut facile aux esprits des jurisconsultes novateurs du ^{vii}e siècle, d'obtenir

le résultat cherché sans modifier, sans altérer en quoique ce fut la nature de la créance.

Toute différente, au contraire, nous apparaît l'hypothèque ; droit réel sur un bien, elle est elle même, à côté de l'obligation qui lie le créancier et son débiteur « une sorte d'obligation qui grève une chose au lieu de grever une personne » (1). Elle donne au créancier le droit de faire vendre individuellement le bien grevé, elle lui donne encore le droit de suite, et enfin aboutit au même résultat final que le privilège : le droit de préférence. Mais cette préférence n'est que la conséquence de l'emprise spéciale du créancier sur le bien affecté à sa garantie.

On saisit la différence des procédés employés pour permettre l'exercice du droit de préférence ; du côté de l'hypothèque, altération profonde de la nature de la dette ; du côté du privilège, aucune modification. Puisque les institutions humaines suivent dans un même ordre d'idées un développement parallèle à leur complexité, n'est-il pas permis de supposer que notre institution dut précéder l'hypothèque, marque d'une évolution plus avancée dans ces exceptions apportées à la règle originnaire d'égalité des créanciers ?

b) Ce n'est pas à notre avis le seul argument à faire valoir pour prouver l'ancienneté plus grande du privilège. Parmi les créances que les Romains jugèrent dignes de faveur, et d'être l'objet de cette création, figuraient celles de pu-

(1) Accarias, t. I, p. 692-693.

pilles, des fous et des prodigues vis-à-vis de leurs tuteurs et curateurs (1), de la femme mariée pour la restitution de sa dot (2). Ces créances, considérées comme très favorables, reçurent grâce au privilège, dès le début de son apparition, le maximum de garantie possible, qui leur en assura le paiement. Si l'hypothèque avait été connue, on n'eut pas hésité probablement à leur adjoindre cette sûreté réelle, plus efficace encore. Mais le privilège était le seul moyen de leur éviter la règle commune d'égalité, et force fut au prêteur de ne leur donner, que ce dont il disposait. Cette concession du privilège d'ailleurs suffisait en assurant au créancier le premier rang, jusqu'au jour où l'hypothèque prit place parmi les institutions romaines. Celle-ci dès ce moment devint alors la meilleure garantie possible, et l'on remplaça la faveur désormais insuffisante concédée antérieurement aux pupilles et aux femmes par ce droit nouveau (3). Dans ces deux périodes successives, leurs créances obtinrent donc le maximum de garantie.

La conclusion, qu'il faut tirer selon nous de ces remarques c'est que la notion très simple du privilège a dû précéder à Rome la notion infiniment plus complexe de l'hypothèque. Celle-ci est un bouleversement des prin-

(1) Papinien loi, 42 D. *de administ., et perc.*, xxxi, 7. — Paul, *ad edictum*, l. 22, D. xxvii, 3.

(2) L. 12. pr. C. *qui pot.* viii, 18.

(3) Cette transformation fut opérée par Constantin pour les pupilles en l'année 312 (L. XX, C. *de adm. et percep.*, V. 37) et par Justinien pour la femme mariée en 520. (L. I, § 1, C. *de rei uxor.*, v, 13).

cipes d'égalité des créanciers ; celle-là n'en est qu'une exception très naturelle, étant donnés les cas d'application.

6. Ce n'est pas seulement à l'occasion des frais funéraires, des comptes de tutelle, et des restitutions de dot, que les jurisconsultes eurent l'idée de cette institution, que cette notion prit corps, ils l'associèrent également aux créances du fisc (1), et des actes (2), à celle du prêteur des deniers nécessaires à la reconstruction d'une maison, ou à l'achat, l'équipement, la construction d'un navire (3), enfin à la créance du client d'un banquier au cas de dépôt, fait sans intérêt (4).

Cette faveur était attachée (cette énumération le prouve) soit à la cause de la créance, soit à la personne du créancier. L'idée qu'on s'en faisait n'était pas absolument la même dans les deux cas ; sans doute le résultat final était pareil, mais il y avait certains corollaires qui différaient. Le *privilegium causæ* pouvait être invoqué par les héritiers et cessionnaires du créancier, le *privilegium personæ*, au contraire, était absolument personnel au titulaire et nul autre ne pouvait l'invoquer ; ni les héritiers des femmes, pupilles, etc., ni leurs cessionnaires. Ceci fit dire aux commentateurs (5) que les privilèges étaient à Rome soit réels

(1) L. X, § 2. D. *De pact.*, II, 14.

(2) L. XXIV, § 1, D. *de reb. auctor.*, XLII, 5.

(3) L. XXIV, § 1. L. XXVI, D. *de reb. aucto. jud.* XLII, 5.

(4) L. VII, § 2. D. *deposit.*, 3. l. XXIV, § 2, D. XLII, 5.

(5) Ferrière, *Compilation...*, II, p. 187, n. 30. Duranton, t. XIX, p. 25.

(*privilegium causæ*) soit personnels (*privilegium causæ*). Nous verrons que ces expressions sont susceptibles d'entraîner des confusions.

7. Quoi qu'il en soit, la plupart des privilèges semblent avoir été établis par l'édit du prêteur. Celui-ci s'inspirant des nécessités pratiques, au plus haut degré, lorsqu'il publiait au commencement de sa carrière annuelle son *edictum perpetuum* jugea bon d'établir pour les raisons examinées plus haut, des catégories entre les créanciers. C'est de leur consécration sur l'« album » que naquit sans doute le privilège des femmes mariées, des mineurs en tutelle, du fisc, du créancier qui faisait l'avance des frais funéraires.

Les constitutions impériales complétèrent cette œuvre du prêteur ; c'est un senatus-consulte de Marc-Aurèle qui créa le privilège du créancier, prêteur des deniers pour la reconstruction d'une maison. Ce fut une mesure de circonstance rendue à la suite d'un débordement du Tibre qui occasionna de grands ravages (1).

Enfin le privilège du déposant chez un banquier fut probablement consacré par l'usage (2).

8. Quand la notion du privilège se dégagea, l'hypothèque ainsi que nous l'avons admis, n'existait encore qu'à l'état embryonnaire dans l'interdit salvien et dans l'action servienne. La naissance du privilège ne devait donc modifier

(1) Cuq, t. II, 26, 4.

(2) Cuq, *loc. cit.*

que les conflits entre créanciers chirographaires. Mais plus tard, lorsque l'hypothèque fut une institution complètement formée, et fortement établie, un procédé semblable à celui qui avait modifié les rapports des créanciers personnels, devait intervenir de la même façon dans le règlement des conflits des créanciers hypothécaires. De même qu'on avait adjoint aux créances ordinaires un privilège, de même on l'adjoignit aux créances hypothécaires. Ce droit, uni à l'hypothèque sans en modifier la nature donnait au créancier favorisé la possibilité de prélever le montant de sa créance sur la chose hypothéquée ; et cela avant tout autre créance hypothécaire, même de date antérieure.

La cause du privilège était dans ce cas la même encore ; un créancier hypothécaire était privilégié soit en raison de sa qualité personnelle, soit en raison de la qualité de son obligation.

Un créancier hypothécaire peut donc être privilégié ; mais inversement un créancier privilégié pouvait devenir hypothécaire et l'hypothèque devint dans le dernier état du droit romain tellement en usage, qu'on ne trouve guère à ce moment de créances privilégiées qui ne fussent en même temps hypothécaires. Voici le créancier qui a prêté les fonds pour l'armement d'un navire, il a un privilège ; à cette qualité il peut en ajouter une seconde en se faisant concéder une hypothèque sur le navire. Ce deuxième avantage purement conventionnel en l'espèce, pouvait dans certains cas être légal ; rappelons-nous les créances des pupilles et des femmes mariées. Ce sont donc là deux

stades successifs correspondant à deux degrés de faveur. Une troisième combinaison était possible, il suffisait de conserver à la créance hypothécaire son caractère originnaire de privilégiée ce qui eut lieu pour les créances du fisc et de la femme mariée (1). On voit ainsi dans cette évolution marquée par le passage du privilège simple à l'hypothèque, de l'hypothèque à l'hypothèque privilégiée, trois étapes. Tantôt la créance les franchit toutes les trois, tantôt elle s'arrête à la deuxième étape sans aller au delà ; tantôt enfin plus favorisée à ses débuts elle part directement de la deuxième pour acquérir la plus grande faveur (hypothèque constituée par acte public ou attestée par cinq témoins (2)).

Ces deux institutions très voisines par leur but, mais fort éloignées par leur nature, permirent donc aux juriconsultes de l'époque classiques des combinaisons multiples. Par une gradation ingénieuse, ils surent faire face à la nécessité d'établir entre les créances certaines préférences indispensables et ceci avec le remarquable esprit juridique qui ne leur fit jamais défaut. Le résultat est très clair, aussi simple que le procédé.

Il y avait donc dans le dernier état du droit, cinq types de créances que l'on peut ainsi énumérer en suivant un ordre de garantie décroissant : 1^o créanciers gagistes ;

(1) Il faut ajouter la créance du porteur de deniers pour la reconstruction d'une maison p. *de versio in rem.*, L. V et VI pr., D. *qui pro.*, xx, 4.

(2) Constitution de l'empereur Léon, C. 8, *qui potiores* xvii, 11.

2^o créanciers hypothécaires privilégiés ; 3^o créanciers hypothécaires ; 4^o créanciers privilégiés ; 5^o créanciers chirographaires.

Est-ce à dire que dans les deux catégories de créances (personnelles et hypothécaires) où la notion du privilège intervint, cette institution n'apportait d'exception qu'à la même règle ? certes non ; le privilège est une exception au droit commun, mais ce droit commun est différent selon qu'il s'agit des créanciers personnels ou des créanciers hypothécaires. Pour les premiers le droit commun c'est l'égalité des créances en présence du patrimoine qui constitue leur gage ; pour les seconds, c'est la règle que nous connaissons *prior tempore, potior jure*. A chacune de ces règles le privilège fait échec, et dans chacune de ses sphères d'action, il aboutit à donner lors de la distribution des deniers, la prééminence sur les créanciers de la même catégorie.

Telle était l'idée que se faisaient de cette institution les jurisconsultes romains ; comment fut-elle accueillie par notre ancien droit ?

§ 3. — Ancien droit français.

9. Dans ses *Institutes Coutumières* Loisel (1), nous apprend que dans le vieux droit français réglé par les cou-

(1) L. IV, t. VI, de *paiement* règle 17.

tumes : « le depost le gage, la marchandise trouvée en nature dont le prix qui se devait payer est encore dû, ni autres dettes privilégiées ne sont tenus à venir à contribution ; ainsi ons droit de préférence » et par cette règle notre vieux jurisconsulte affirme que le privilège était à son époque une institution du droit civil absolument comme à Rome. Cette affirmation très catégorique n'était pas inutile, car la lecture de l'art. 179 de la Coutume de Paris aurait pu en faire douter « au cas de déconfiture chaque créancier vient à contribution et il n'y a point de préférence pour quelque cause que ce soit ». Il est vrai que cette Coutume dans quelques autres de ses articles (art. 176-177-181, etc.) vient elle-même détruire la portée de l'art. 179 et que Loyseau déclare que sa décision « fut trop légèrement et inconsidérément ajoutée à notre Coutume à sa dernière réformation, aussi n'est-elle nullement observée ; car il est tout notoire que le louage de la maison, les frais funéraires, les impenses de la maladie, les gages des serviteurs sont préférés en la déconfiture (1) ».

Quelle était donc la véritable portée de cet article que condamnent et les auteurs et la pratique ? les rédacteurs de la Coutume de Paris cherchèrent dans cette disposition le moyen d'exclure le privilège, alors admis, du premier saisissant (2) ; mais ils eurent le tort d'exprimer cette pensée sous une forme aussi absolue et de considérer comme de

(1) Loyseau, *Des offices venaux*, l. III, ch. VIII, n^{os} 5 à 6.

(2) Loyseau, *cod. cil.*, n^o 12.

droit commun une disposition du *Digeste* qui n'était exacte que dans une hypothèse particulière (Loyseau, n° 7, et s.)

Le privilège du droit romain s'affirmait donc dans notre vieille jurisprudence ; mais sa notion n'y prit pas corps tout d'un coup, elle s'infiltra peu à peu et son développement semble avoir été chronologiquement l'inverse, par rapport à l'hypothèque, de celui que nous relevons dans le droit antique. Et de plus, tandis qu'à Rome la sphère d'action et le rôle de ces deux institutions sont absolument indépendants, le privilège dans notre ancien droit apparaît comme un moyen destiné à compléter le système hypothécaire, auquel il devait par suite emprunter nécessairement quelques-uns de ses caractères.

10. Nous n'avons pas à rechercher dans cette étude, l'origine de notre ancienne hypothèque, ni à déterminer le point d'ailleurs très discuté de savoir si l'*obligation générale* ou l'*obligation par especial* lui a donné naissance. Mais nous devons indiquer et cela aussi brièvement que possible l'évolution de cette garantie réelle l'*obligation* afin d'en dégager par une conséquence naturelle (nous le verrons) la notion du privilège. Que ceci n'étonne pas ; dans notre ancien droit ces deux grands types de garantie qui aboutissent à un droit de préférence sur la chose s'enchevêtrent et se mélangent parfois étroitement dans nos coutumes et dans nos coutumiers ; ils s'opposaient dans l'esprit de nos vieux auteurs, au gage germanique ancien attaché à la chose elle-même, parce qu'ils s'attachaient à la valeur de la chose. Et l'on s'imagine aisément la faci-

lité avec laquelle ils en arrivèrent à les confondre parfois dans une même étude.

Dans le très ancien droit français, le créancier ne pouvait saisir que la personne du débiteur (1) et ses meubles, qui seuls constituaient son gage. Quant aux immeubles ils sont insaisissables (2) cet état de chose manifeste dans la loi salique et dans les diverses *leges* de cette époque, se poursuit dans la législation des capitulaires. Plus tard on prit l'habitude d'affecter à la sûreté particulière d'une dette un immeuble déterminé, et les *cautiones* qui ne sont que des formules de garantie imaginèrent l'institution que nous connaissons du *mort-gage*. C'était encore insuffisant ; on cherchait le moyen de saisir les immeubles du débiteur, de donner ainsi une surface plus grande à la garantie du créancier et alors prit naissance l'*obligacion* (3), laquelle était soit *générale*, soit *par especial* selon qu'elle portait sur le patrimoine entier ou sur tel immeuble du débiteur.

Le nom même de l'institution indique un rapport de filiation avec l'*obligatio bonorum*, l'hypothèque consentionnelle du droit romain, nos anciens auteurs ne l'avaient pas imaginée de toutes pièces ; ils n'innovèrent pas davantage quant à ses effets et admirèrent le droit de suite et le droit de préférence de l'obligation *par especial* et si ce n'est à l'origine, du moins dans la suite (xive siècle.) au profit du

(1) Esmein, p. 155 et s.

(2) Esmein, p. 153.

(3) Beaumanoir, LXX, 12.

créancier muni d'une obligation générale (1). Il n'y eut qu'un point sur lequel notre ancien droit se montra récalcitrant ; alors qu'en droit romain les meubles comme les immeubles étaient susceptibles d'hypothèque, il existait dans notre ancienne France une vieille coutume germanique d'après laquelle *meubles n'ont pas de suite*, et comme on concevait difficilement l'hypothèque sans droit de suite on en arriva à dire que les meubles ne pouvaient être hypothéqués (2). On ne pouvait donc parler, lorsqu'il s'agissait d'un droit de préférence sur des meubles, de l'un des résultats de l'hypothèque. Il fallait trouver une autre expression pour qualifier le droit qui sur eux assurait la préférence, et on se servit d'une institution déjà vieille, le Privilège. Ce faisant on déformait d'ailleurs un peu les principes germaniques d'après lesquels le droit de préférence n'est au fond que l'exercice du droit réel, non pas sur le bien, mais sur sa valeur ; si cette idée s'était

(1) *Livres des droits et commandements d'office de justice*, n° 752, t. II, p. 155 et 190.

(2) Cependant certaines coutumes admirent que lorsque le meuble était resté en la possession de son débiteur, le créancier pouvait faire valoir son droit de préférence hypothécaire ; c'est ainsi qu'en Normandie, disait Basnage, « nous suivons une jurisprudence intermédiaire entre le droit romain et la coutume de Paris le meuble qui n'est plus en la saisine de l'obligé et dont il a disposé sans fraude n'a point de suite par hypothèque comme il avait par les loix romaines ; mais lorsqu'il est saisi sur le débiteur l'ordre des hypothèques est conservé ».

L'art 170 de la C. de Paris repoussait absolument l'hypothèque mobilière et ses deux effets ; tandis que la coutume de Bretagne suivait strictement la tradition romaine.

maintenue dans toute sa rigueur il aurait fallu repousser aussi bien le droit de préférence que le droit de suite sur les meubles. Mais sous l'empire de la renaissance du droit romain, les vieilles idées germaniques perdirent leur fermeté originaire et le droit de préférence sur les meubles fut admis, on lui donna un nom, une étiquette, le nom d'une institution qui n'était précisément en soi qu'un droit de préférence.

Cet exposé de la naissance de l'obligation suivie de celle du privilège dans notre ancien droit, permet de se rendre compte facilement de la différence d'utilité de cette dernière institution dans la législation romaine et dans nos coutumes. Le privilège dans le droit antique était une création juridique se suffisant à elle-même, ayant une existence propre, qu'on pouvait d'ailleurs, en lui conservant son individualité, combiner avec l'hypothèque, comme avec les actions personnelles pour donner aux unes et aux autres un degré de faveur spécial. En droit français il apparut non plus comme une première atteinte au principe d'égalité de traitement des créanciers, mais comme un complément du système d'*obligacion*, du système hypothécaire. Sur les meubles l'hypothèque étant impossible en raison de la persistance du droit germanique, on tourne la prohibition absolue par un moyen incomplet, mais suffisant ; ce moyen on l'appelle privilège. Et ainsi satisfaction est donnée et à la règle *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* et aux nécessités sociales. Ce n'est pas une hypothèque, puisque le mot n'est pas prononcé ; ce qui

n'empêche pas qu'au fond des choses ce soit une hypothèque malgré l'absence de l'un de ses effets.

Il y eut donc un nouveau domaine d'application de ce droit que nous étudions ; domaine inconnu du droit romain, puisqu'il ne correspondait à aucun besoin, en raison de la possibilité d'hypothéquer les meubles. Ce domaine fut très vaste, et l'énumération des cas privilégiés auquel il correspondait allongeait sensiblement la liste de ceux qu'admettaient les Romains. Si bien que le nombre de ces derniers, dont quelques-uns disparurent dans notre ancien droit, fut relativement faible par rapport au nombre des cas nouveaux. Le privilège, qui pour ceux-ci était un corollaire nécessaire du droit d'hypothèque avait subi de ce chef une transformation dans sa nature originare (v. *infra*, n° 55-56) elle devait se produire nécessairement aussi à l'égard du privilège accordé aux anciennes créances (frais funéraires, dépôt sans intérêt, prêt de deniers, etc...) comme la conséquence désirable d'une unité de doctrine.

11. C'est dans le midi qu'apparut sous l'influence manifeste du droit romain, le premier privilège de notre ancienne France. Ce fut celui du fisc consacré par des coutumes du xiii^e siècle (1) et par des ordonnances royales (2). Dans cette région de la France, les études latines reprirent bien avant que les Facultés de droit

(1) Montpellier, art. 12, 36, 41 ; d'Alais, art. 7 ; *les statuts des salins dans Giraud*, p. 265.

(2) *Recueil du Louvre*, I, p. 399, II, 195.

des villes coutumières n'eussent suivi l'impulsion donnée par les jurisconsultes de l'école de Bologne. Il y avait d'ailleurs une raison de cette antériorité du midi sur le nord ; c'est la persistance du droit romain de Théodose le Grand et son introduction dans les *leges barbarorum* (bréviaire d'Alaric, *ex romana Burgundionum*, édit. de Théodoric). Malgré cette persistance, le système des garanties romaines avait été à peu près complètement oublié au début du Moyen Age. Puis ces principes pénétrèrent çà et là sous la double influence des théories et de la pratique. Enfin ce fut une floraison féconde d'universités et la création de chaires de droit romain ; les rédactions des coutumes reflétèrent ces courants nouveaux.

Notre institution devait avec l'ensemble du droit romain recevoir des applications pratiques qui la rendaient familière aux populations des pays de droit écrit. C'est ainsi que fut admis le privilège du fisc (1) ; peu après le privilège de la femme sur les biens de son mari en raison de sa dot (C. de Toulouse) (2) et celui du bailleur d'immeubles sur les meubles de la maison et sur la récolte du bien. On imagine aisément que les principes suivis furent absolument ceux du droit romain. Ainsi pour le bailleur on distingua selon que le bail portait sur une mai-

(1) Glasson t. VII, p. 673.

(2) Cette disposition de la coutume de Toulouse se retrouve dans un arrêt du parlement du 17 sept. 1593 rapporté dans Maynard, l. II, t. I, ch. XLV — voir les discussions sur la loi assidue dans Henrys (t. II, l. IV, ch. VI, 938).

son ou sur un bien rural ; l'action du bailleur portait dans le premier cas sur les meubles garnissant la maison ; et dans le second, sur les fruits des fonds affermés.

Seulement tandis qu'à Rome le locateur avait à cette occasion une hypothèque légale, sous l'influence des idées coutumières qui s'étaient infiltrées dans les pays de droit écrit, l'hypothèque romaine devint un privilège. Celui-ci se trouve ainsi dans un rapport étroit de filiation avec le droit réel d'hypothèque, et devait par suite en être par sa nature, beaucoup plus proche que du *privilegium exigendi*, dont il prenait le nom.

Ce privilège du bailleur devait pénétrer aussi dans le droit coutumier (1). Il y fut consacré par les anciennes coutumes de Paris (art. 161-171) et d'Orléans (art. 415, 416) en même temps que celui des hosteliers sur les effets des voyageurs (art. 175 C. de Paris) des marchands de l'eau de Paris sur les bateaux, des bourgeois de Paris sur les biens des débiteurs forains, et en, 1580, lors de la Réformation de la Coutume de Paris, du privilège du vendeur d'effet mobilier en cas de vente à terme. En même temps on consacrait quelques privilèges imités des privilèges romains : frais de justice, frais funéraires, prêt de deniers, dépôt quelconque. D'autres étaient de véritables créations : privilège des voituriers pour frais de voiture, et messa-

(1) On y fit la distinction entre le bailleur d'une maison et celui d'un bien rural.

gerie sur la chose voiturée, des médecins, chirurgiens, etc. des fournisseurs (1).

Le nombre des privilèges qu'admit notre ancien droit fut donc très supérieur à celui que reconnut le droit antique ; des raisons diverses présidèrent à cette multiplication des créances favorisées. Tantôt ce fut un motif d'humanité, tantôt de justice, mais toujours en définitive ce fut la qualité de la créance qui en fut la base ; il y a cependant un cas où le privilège ne semble pas avoir le même fondement, c'est lorsqu'il s'agit du gage exprès ou du gage tacite, envisagés dans leur aspect de cause à effet, à l'égard de notre institution. Ceci demande quelque développement.

11 bis. On sait qu'en droit romain le gage ou *pignus*, conférait au créancier garanti la possession de l'objet engagé et lui permettait à l'échéance, lorsqu'il n'était pas payé, d'opposer à son débiteur, un droit de rétention. Primitivement le créancier gagiste ne pouvait vendre le bien donné en gage, dont il n'était pas propriétaire, il ne pouvait que refuser de s'en désaisir et ce faisant, exerçait une pression très efficace sur la volonté de son débiteur. Par ce procédé, aucun conflit n'était à régler entre plusieurs créanciers ; le créancier gagiste opposait son droit de rétention à ses co-créanciers, comme au débiteur lui-même. Lorsque l'hypothèque fut instituée, parmi ses avantages figurait pour le débiteur la possibilité d'affecter le bien hypothéqué à la garantie de plusieurs obligations ;

(1) Voir Denisart, *Coll. de droit nouv.* v^o Privilège.

de là nécessairement au moment des échéances un conflit entre créanciers, déterminé par l'application de la règle *prior tempore, potior jure*.

Lorsque la pratique eut fait pénétrer ces deux institutions dans notre ancien droit on se rendit compte des avantages que le gage pouvait offrir, en présence de l'impossibilité où l'on était d'hypothéquer les meubles, et cette institution délaissée un peu à Rome depuis la création de l'hypothèque, devait recevoir en France une étendue d'application relativement importante. Mais on remplaça le droit de rétention du créancier gagiste non payé à l'échéance, par un droit inspiré de l'hypothèque, le droit de poursuivre la vente, et de prélever avant tout autre créancier le montant de la créance impayée. Ce droit n'était d'ailleurs qu'un emprunt au droit classique, consacré plus tard par Justinien, (1) mais il avait dans notre ancien droit l'avantage de permettre sur les meubles un règlement et certaines des prérogatives que l'hypothèque donnait sur les immeubles. Cette préférence fut appelée privilège, et ainsi prit naissance le privilège du créancier gagiste. Cette dénomination eût été impossible en droit romain ; elle cadrerait, au contraire, assez aisément avec l'idée qu'on se fit du privilège à compter des ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles.

12. Ces indications concernant l'introduction du privilège dans notre ancien droit, seraient incomplètes si

(1) D., l. II, t. VIII, *Quib. alien., licet vel non*, § 1.

nous ne parlions d'une certaine faveur accordée à certaines créances en raison précisément de leur cause. Cette remarque est d'autant plus intéressante qu'elle montre les moyens employés à l'origine pour distinguer une créance, et sera comme un rappel des principes de la législation grecque (v. *supra*, n° 1 et s.).

La seule faveur qu'on connut sous le nom de privilège vers les ix^e et x^e siècles, fut la faculté pour certains créanciers de saisir les biens du débiteur sans intervention préalable du juge, représentant l'autorité publique ; on pouvait procéder à une saisie privée dans ces cas exceptionnels, alors qu'en principe les textes coutumiers la prohibaient. Cette « gagerie » trouvait particulièrement son application au cas de cautionnement (1). De nombreux textes s'accordent à reconnaître cette faveur, ce privilège *lato sensu*, au profit de quelques créanciers (2) et l'un d'eux, les assises de Jérusalem dans le premier de ses trois coutumiers, la cour des Bourgeois (ch. LXXXIII) est particulièrement formelle « eh bien ! sachés que tous hommes peuvent bien prendre le gage de leur plège sans clamourt de cor... car einci est droit ». Si l'on veut se rappeler les remarques faites sur les textes grecs, on ne peut s'empêcher de faire avec elles un rapprochement (3).

(1) Esmein, p. 112.

(2) *Le livre de justice et de plet*, xix, 47, 1. — *Les établissements de Saint-Louis*, I, 122, Beaumanoir, C. de Beauvoisin, XLIII, 15.

(3) Il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'acte notarié avant d'emporter dans notre ancien droit hypothèque générale sur les

Quoi qu'il en soit cette faveur relative à l'exécution des créances devait se perpétuer, et nous la voyons concéder au xvi^e siècle aux créances auxquelles les auteurs reconnaissaient un véritable privilège du droit civil. Ces créances apparaissent donc munies d'un double avantage : d'abord le droit de saisir sans décision judiciaire préalable, puis celui d'être payé par préférence à toute autre créance. Le premier de ces deux avantages qui avait pris naissance au profit des créances garanties par un plège, s'était donc étendu aux autres créances privilégiées. Au profit du créancier gagiste, cette faveur était trop naturelle pour qu'elle ne fut point considérée comme nécessaire ; un débiteur promet un gage qu'il ne livre pas, qu'il ne met pas en la saisine du créancier, celui-ci procède alors à une prise de possession, et ne fait que suppléer, par cet acte autorisé par la convention, à la tradition volontaire que devait faire le débiteur. Cette faveur étendue plus tard aux créances que le droit romain avait faites privilégiées, semble plutôt déconcertante ; par quelle transformation, le privilège du droit romain, sans aucun caractère de réalité, a-t-il dû passer, pour autoriser logiquement et juridiquement une

biens du débiteur donnait au créancier le droit de saisir immédiatement et malgré toute opposition ; il restait nanti des meubles saisis (Beaumanoir, xxxv, 6). C'était ce qu'on appelait « garnir la main » du créancier ; ce privilège de main-garnie précéda la deuxième conséquence de l'acte notarié, savoir : l'hypothèque générale, absolument comme pour le créancier gagiste et certaines autres créances favorables, la saisie privée précéda chronologiquement le privilège. Voir Esmein, p. 201.

saisie privée comme la créance réelle du gagiste ? Le privilège était-il donc devenu un droit réel ? Cette question recevra plus loin sa solution (v. *infra*, n° 53).

Remarquons l'assimilation complète des créances privilégiées et de la créance garantie par un gage : même voie d'exécution, même prélèvement opéré sur la valeur du bien au profit du créancier favorisé. Cette remarque s'ajoute aux précédentes (n° 11) pour justifier l'emploi du même mot privilège pour désigner ces deux droits si voisins (voir remarques complémentaires n° 56).

13. En ce qui concerne enfin les hypothèques privilégiées du droit romain, elles s'introduisirent pour la plupart dans la Jurisprudence des *xvi^e* et *xvii^e* siècles sous la forme d'hypothèques légales. On s'en référa tout simplement à cet égard aux textes du *Digeste* et du Code.

§ 4. — *Droit moderne.*

14. Ce sont les principes de notre ancien droit corrigés ou complétés par le droit romain qui devaient inspirer les rédacteurs du Code civil et le titre XVIII du livre III devait se ressentir de cette double influence. Le chapitre II consacré à la matière des privilèges devait être l'expression des principes traditionnels. « Nous voici parvenus, lit-on dans les travaux préparatoires à l'un des titres du Code (celui des privilèges et des hypothèques) qui a donné lieu aux discussions les plus étendues... Elles ne pouvaient pas

avoir le privilège pour objet ; les principes de cette matière dérivent des premières notions d'équité et étaient fixés depuis longtemps ; il ne s'agissait donc que de les réduire à quelques dispositions claires et précises, de leur donner des développements, de lever quelques doutes sur la manière de les appliquer (1). » Rédigés dans cet esprit, les articles 2093 à 2106 devaient être la reproduction à peu près intégrale de notre tradition. La notion du droit de préférence, qui vient briser les principes d'égalité des créanciers et établit une exception à cette règle, est mentionnée dans l'article 2093 et l'article 2094 énumère ces exceptions.

Après quelques considérations générales sur les privilèges, la loi en fait l'énumération. On y retrouve toutes les anciennes créances que le droit romain et notre vieux droit coutumier avaient assorties d'un privilège. Seulement, depuis notre Code, des lois nombreuses ont allongé la liste déjà longue des créances favorisées, à tel point qu'on pourrait presque croire que celles-ci sont devenues la règle, les créances ordinaires étant à leur tour l'exception. C'est dire combien le principe du privilège et sa notion nous sont devenus familiers ; sans cesse dans le règlement des faillites ou des déconfitures, il est nécessaire de tenir compte de cette institution ; aussi l'idée primordiale qui domine leur étude dans l'art. 2095 est-elle devenue parfaitement limpide ; « le privilège, disait Treilhard, dans

(1) Locré, t. XVI, p. 49.

l'exposé des motifs, est un droit qui dérive de la qualité et de la nature de la créance ; ne nous abusons pas sur l'acception du mot privilège employé dans ce titre. Cette expression emporte ordinairement avec elle, l'idée d'une faveur personnelle ; ici, elle signifie un droit acquis fondé sur une justice rigoureuse, parce que la préférence donnée à celui qui l'exerce, lui est due, soit parce qu'il a conservé ou amélioré la chose, soit parce qu'il est encore en quelque manière le propriétaire, le paiement du prix, condition essentielle de la vente ne lui ayant pas encore été fait, soit pour d'autres motifs de la même force (1) ».

§ 5. — *Législations étrangères.*

15. Les raisons qui présidèrent à l'admission dans notre droit du privilège, décidèrent également certaines législations étrangères. Des motifs aussi évidemment nécessaires devaient trouver leur sanction dans la plupart des codes ; et pourtant, la présence de notre institution ne ressort pas toujours nettement de la lecture des textes, dont quelques-uns ne prononcent pas même le mot de privilège.

Nous allons étudier aussi sommairement que possible quelques-uns des principaux droits étrangers.

16. *Pays de droit germanique.* — En Allemagne, en

(1) Fenet, t. XV, p. 474.

Autriche, dans la Suisse allemande, on ne fait aucune mention du privilège. Les distinctions que le Code civil français établit entre le gage et l'hypothèque et le privilège ne sont pas consacrées par leurs Codes.

Tous ces droits de garanties sont confondus sous deux étiquettes : « Gesetzliche Pfandrechte » (littérat. : droits d'hypothèque légale), et « Verlagsmäßige Pfandrechte » (littérat. : droits d'hypothèque conventionnelle).

Seulement, d'après la loi du 17 mai 1898 qui règle en Allemagne les rapports respectifs des créanciers d'une faillite (Konkursordnung), sont énumérés (§ 49) un certain nombre de créances devant être payées par préférence aux autres sur les biens qui figurent dans la masse. Ces créances ont un droit spécial à part, et comme elles ne figurent pas dans la procédure habituelle de la faillite, on qualifie leur droit de « droit de séparation » « Absonderungsrecht ». Les créanciers munis de ce droit sont précisément les créanciers ayant un « Gesetzliche Pfandrechte ». Ainsi ces créances sont accompagnées d'abord d'un droit réel de garantie, auquel la loi vient ensuite donner la préférence sur les autres droits de garantie simplement conventionnels (§§ 48-49). La traduction évidente de cet ordre de chose : c'est le droit de garantie légale et privilégiée. Si le mot privilège n'est pas prononcé, l'idée qu'il éveille n'en est pas moins contenue formellement dans cette loi allemande des faillites. L'indication des principales créances assorties *ipso jure* d'un droit de séparation par le droit allemand fera mieux ressortir encore cette

existence du privilège : c'est le droit du bailleur sur les objets apportés par le locataire (§§ 559 et s.) du fermier sur les biens du locataire, portés à l'inventaire, annexé au bail — de l'entrepreneur d'ouvrage, qui sans avoir d'hypothèque légale, peut exiger une hypothèque munie de la même prérogative que les autres droits de gage légal — de l'hôtelier sur les biens des voyageurs, du voiturier, etc. Cette énumération montre combien sont semblables les art. 2401 à 2403 du Code civil français et les créances munies de droit de gage légal des pays allemands. C'est donc à peu près la même institution. Sa portée d'application est cependant plus restreinte, car il n'existe pas en Allemagne de droits de préférence autres que ceux qui résultent du gage mobilier, tacite ou conventionnel (1).

En Autriche, ce droit de gage peut porter sur des immeubles, et pour ce motif le nombre des privilèges serait plus grand qu'en Allemagne, s'il n'y avait d'autre part une restriction au droit de gage habituellement reconnu. La loi autrichienne exige en effet que le créancier soit effectivement nanti de l'objet mobilier qui constitue son gage ; c'est ainsi que le vendeur, l'hôtelier, etc., qui n'ont pas la détention matérielle des biens considérés en France comme l'objet de leur nantissement, ne peuvent

(1) Consulter sur les privilèges en droit allemand. Shérer, *principales différences entre le Code Napoléon (1804) et le Code Guillaume (1900) en suivant l'ordre du Code Napoléon*, 1 vol., 1903.

prétendre en Autriche à aucun droit de préférence (1). Par contre, le voiturier, le commissionnaire, les magasins généraux qui réalisent la condition exigée se voient accorder sans difficulté le droit de préférence légale attaché au gage mobilier. Parmi les droits de gage légaux sur les immeubles, nous citerons les impôts arriérés sur les immeubles, les créances provenant de l'affranchissement d'immeubles, les créances des frais faits pour l'extinction des incendies, les créances devenues exécutoires, etc. (2).

En Suisse, dans les pays de langue allemande, le gage procure au créancier le droit de préférence que consacre le § 2 de l'art. 2102 de notre Code. Mais pas plus qu'en Allemagne et en Autriche, cet avantage n'est attaché à la cause particulièrement intéressante de la créance, et sa qualité n'intervient en aucune façon pour en régler le rang.

17. *Pays de langue latine.* — Beaucoup plus complètes dans cet ordre d'idées nous apparaissent les législations latines : Espagne, Italie, Suisse romande — et les législations flamandes : Belgique, Hollande.

En Espagne, le Code civil de 1888-1889 consacre à la matière des privilèges un titre spécial et distinct du chapitre où sont traités le gage, l'antichrèse, l'hypothèque. Est-ce à dire que le gage, par exemple, n'entraîne pas de

(1) Le vendeur possède pourtant un droit de préférence en Bosnie, Moravie, Silésie, en vertu d'une ordonnance du ministre de la justice du 24 juillet 1851.

(2) Consulter Von Constein, *Lehrbuch des östern Handelsrecht.*

droit de préférence ? Certes non, et le Code civil espagnol reconnaît en propres termes le privilège du créancier gagiste, avec un grand nombre d'autres privilèges spéciaux sur les meubles ; puis des privilèges spéciaux sur des immeubles, appelés « droits réels du débiteur » ; enfin viennent en troisième ligne, précédant immédiatement les créances personnelles, les privilèges sur le reste de la fortune mobilière ou immobilière. Le classement des différents privilèges est donc celui-là même qu'on admettait à Rome : hypothèques privilégiées, hypothèques simples, privilèges et créances chirographaires (1).

En Italie, le résultat est identique, et cette constatation pourrait suffire sans qu'il soit besoin d'insister davantage sur cette persistance des idées romaines, s'il n'y avait une remarque à faire en ce qui concerne les privilèges immobiliers. Le Code civil italien n'admet de droits réels sur les immeubles que sous une triple condition : qu'ils aient été rendus publics par l'inscription, qu'ils se limitent à des biens spécialement désignés et garantissent une somme d'argent déterminée. Conséquence : les privilèges qui à Rome s'exerçaient sur l'ensemble mobilier et immobilier du patrimoine, sont restreints en Italie au patrimoine mobilier et ne s'exercent pas sur les immeubles. D'autre part, les hypothèques générales n'existent pas ; on a cru suffisant de protéger le vendeur d'immeuble et le copartageant par une simple hypothèque légale. L'étendue des

(1) Consulter, Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*.

privilèges immobiliers est donc des plus limitée ; seuls en effet sont préférés sans inscription aux créanciers hypothécaires les frais de poursuite et d'ordre, les créances de l'Etat pour l'impôt foncier ou pour l'enregistrement, ou tout autre contribution indirecte sur les immeubles qui y ont donné lieu (1).

Dans la Suisse romande le Code civil français se trouve en vigueur et la matière des privilèges est à peu de chose près la même qu'en France dans le canton de Genève et le Jura bernois, dans celui du Tessin. Dans le canton du Valais les privilèges immobiliers sont devenus des hypothèques légales. Dans le canton de Vaud par contre une loi de 1891 a supprimé les privilèges sur l'ensemble des biens du débiteur, ainsi que les privilèges sur certains meubles ; elle n'a laissé subsister que quelques privilèges sur certains immeubles, dont l'objet est d'ailleurs complètement étrangers aux dispositions de notre code ; tels sont le privilège du copropriétaire du mur mitoyen sur le bâtiment contigu en raison de la reconstruction ou réparation du mur, du copropriétaire d'une maison commune sur cette maison pour les réparations qu'il y a faites, etc.

Si l'on se bornait à ces indications, la législation suisse serait très incomplètement exposée ; les lois cantonales ne sont pas seules en vigueur ; les lois fédérales leur apportent des modifications. C'est ainsi que les faillites et les poursuites pour dettes sont réglées par une loi fédérale du

(1) Consulter Bianchi et Chironi.

11 avril 1889; celle-ci supprime donc l'intérêt principal des privilèges mobiliers des lois cantonales, en supprimant leur application en matière de faillite. Cette loi fédérale reconnaît en dehors du gage, un certain nombre de droits de préférence qui permettent à leurs titulaires, répartis en catégories successives, d'être payés complètement sur l'actif mobilier de la faillite avant les créanciers de la catégorie suivante. La première classe comprend les gages des domestiques, les salaires des ouvriers et les frais généraux; la deuxième, les créances des personnes dont la fortune était administrée par le failli (tuteur, père de famille, etc.); les créances des médecins figurent dans le troisième groupe; enfin, précédant immédiatement la masse des créances ordinaires, la créance de la femme à laquelle la loi cantonale accorde un privilège.

Ce système est encore complété par le Code fédéral des obligations qui donne au bailleur, au voiturier et au commissionnaire un droit de retention sur les biens qui sont en leur possession et ont été l'objet du contrat (1).

En Belgique la loi du 16 décembre 1851 admit conformément à la législation antérieure le principe de notre institution avec des conséquences sensiblement égales à celles du Code civil français (2). Les Pays Bas s'inspirèrent

(1) Consulter Marton.

(2) Nous ne pouvons omettre de citer quelques-uns des articles du nouveau Code civil voté le 10 décembre 1907, dont la mise en vigueur est portée au 1^{er} janvier 1912. D'après l'art. 211 la femme mariée qui n'a pas été désintéressée jusqu'à concurrence de la

d'idées pareilles ; une seule remarque est à faire : tous les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux.

18. *Angleterre.* — La législation anglaise ignore tout à fait notre privilège, elle consacre, par contre, une place importante au droit de retention sous le nom de *lien*. Ce *lien* peut être un *particular lien*, ou un *général lien*, selon qu'il porte sur une chose unique en raison de laquelle son titulaire est créancier d'une somme vis-à-vis du propriétaire, ou selon qu'il affecte un certain nombre de biens du débiteur à raison d'un compte général. Ces *liens* découlent des usages propres à certaines industries, dans certaines régions. Ce n'est donc pas un privilège puisqu'il n'y a pas

moitié de ses apports obtient un privilège pour le reste de cette moitié. Cette disposition édictée pour le régime de l'union de biens est étendue par l'art. 224 au régime de la communauté de biens. L'art. 836 reconnaît le caractère occulte des hypothèques légales créées par les lois cantonales pour les créances dérivant du droit public, et le législateur accorde dans l'art. 837 une hypothèque légale au vendeur d'un immeuble, sur cet immeuble, aux copartageants sur les immeubles ayant appartenu à la communauté, aux artisans et entrepreneurs sur les bâtiments qu'ils ont édifiés ou réparés. Ces hypothèques devront être inscrites.

Enfin par l'art. 60, du titre final du nouveau code, la loi fédérale du 11 avril 1889 sur les faillites est ainsi modifiée : art. 37, l'expression hypothèque dans le sens de la présente loi comprend les hypothèques... les privilèges spéciaux sur certains immeubles et le gage.

Art. 219, 3^e sont assimilées aux créances dérivant de la responsabilité du tuteur ou du détenteur de la puissance paternelle celles qui naissent de la responsabilité du débiteur comme membre d'une autorité de tutelle (a. 426-430 cc).

de préférence sur la valeur de la chose ; il n'y a qu'un moyen de contrainte exercé par le créancier sur son débiteur, lequel pratiquement est l'équivalent d'un privilège (1).

SECTION II

Du Fondement de la notion du privilège.

19. Ainsi que nous l'avons vu le privilège apparut en droit romain sous la pression de nécessités sociales qui exigeaient tout un ensemble de dérogations à la règle d'égalité des créanciers ; « la faveur que méritent certaines natures de créances à raison soit de considérations de stricte justice, soit de sentiments d'humanité, soit de nécessités supérieures d'ordre public a donné naissance au privilège (2). » C'est ainsi que la créance des frais funéraires était assortie d'un droit de préférence de cette nature accordé comme le dit Loyseau (3) *intuitu pietatis* ; les romains consacrèrent cette faveur en des textes célèbres *impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet precedere quum bona solvendo non sunt*. C'était donc par le moyen d'un prélèvement opéré sur la valeur de la masse des biens.

(1) Consulter Ball, *Principes of the law of Scotland*.

(2) Marlou, t. I, n. 287 et s.

(3) *Des offices*, l. VIII, ch. VIII, n° 56.

ex hereditate deducitur, que cette créance était payée avant tout autre.

Ce motif de piété n'était pas d'ailleurs le seul qui servait de fondement à la naissance de ce privilège ; il y avait en plus une raison de salubrité publique, raison de police, raison d'hygiène, que mentionne un auteur romain, *non minus interest rei publicæ, homines viventes conservari quam mortuos sepeleri* (1).

Il est à peine besoin d'indiquer, tellement il est évident, le motif qui engendra le privilège, qui accompagnait la créance du client d'un banquier ayant fait chez ce dernier des dépôts d'argent sans intérêt. Ces sommes devaient être restituées à la première réquisition par le dépositaire qui ne pouvait les employer à aucune entreprise commerciale puisqu'il ne servait pas d'intérêt. C'était donc un dépôt qui subsistait en nature malgré la faillite du banquier et demeurait la propriété du déposant ; et ce dernier en réclamant sa restitution exerçait moins un privilège que son droit même de propriété.

Quant au privilège du constructeur, il n'appartenait pas indifféremment à tous ceux qui avaient contribué à l'édification d'une maison ; seul en était bénéficiaire, celui qui avait payé les ouvriers employés de la reconstruction, ou celui qui avait prêté au propriétaire les deniers nécessaires. A quel mobile les Romains obéirent-ils en garantissant ainsi la créance du bailleur de fonds ? c'était à fin d'encou-

(1) *Dicius conseil*, 694, n° 9.

rager le plus possible les prêts de cette sorte et d'éviter ainsi *ne ruinis urbs deformetus*.

Ces trois privilèges appartenaien à la classe des privilèges établis *intentu causæ*.

Les *privilegia personæ* durent leur existence non plus à une cause plus ou moins favorable de la créance garantie, mais bien à la condition du créancier. Celui-ci, un mineur, un fou, une femme mariée, avait besoin d'une protection efficace de sa fortune, contre les actes du tuteur ou du mari ; étant irresponsable de cet état de dépendance vis-à-vis d'un administrateur imposé par la loi, il devait par compensation obtenir toutes les garanties possibles non seulement d'une bonne gestion de sa fortune, mais encore au cas de dilapidation, d'une rentrée dans ses fonds. De là cette faveur accordée à la créance éventuelle, des personnes en puissance, qui assurait la conservation de leur fortune, et imposait au tuteur et au mari un soin particulier dans l'administration de ces patrimoines étrangers ; ce zèle devait compenser auprès de leurs créanciers personnels la diminution de leur crédit, que le privilège dans sa notion, puis dans ses conséquences, leur imposait.

20. La raison d'être du privilège se retrouvait ainsi en droit romain dans la qualité de la créance, ou dans la qualité du créancier. Malgré toute l'influence de cette législation antique sur notre ancien droit, il semble bien que dans ce dernier les privilèges *nés ex causa*, aient seuls persisté. Pierre de l'Hommeau faisant la distinction de l'hypothèque générale et de l'hypothèque spéciale

estime, en outre, qu'il est deux sortes d'hypothèques spéciales, « l'une vient de la convention du débiteur, lequel affecte spécialement certains héritages à l'obligation qu'il contracte devant personne publique... ; l'autre hypothèque spéciale vient *ex causa* et se nomme proprement un privilège et improprement une hypothèque ; comme si le prix de la chose vendue n'a pas été payé par l'acquéreur, le vendeur a un privilège sur la chose pour être payé de son prix, *privilegia non ex tempore estimantur, sed ex causa...* (1). » Faut-il conclure de là que les privilèges attachés à la personne étaient absolument inconnus dans notre ancienne jurisprudence ? non certes, ce serait une erreur ; qu'on se rappelle seulement que le premier privilège qui apparut fut dans les pays de droit écrit, le privilège du fisc, et que dans le ressort de certains parlements de ces pays, celui de la femme mariée existait encore ; enfin dans quelques provinces coutumières les églises et les mineurs étaient créanciers privilégiés (2). Ils existaient donc dans ces parties de la France comme en droit romain des personnes qui par leur qualité faisaient à leur profit de toute obligation, une obligation armée d'un droit de préférence.

Toutefois ces provinces constituaient l'exception, et le droit commun, même pour le fisc, restreignait le privilège à la qualité de la créance. Les *privilegia causæ* constituaient la très grande majorité. Cette *causa* était des plus variées ;

(1) L. III. *initio*.

(2) Ancienne cout. d'Anjou et de Maine, F., 1095, t. I, n° 369 ; t. II, p. 514 ; t. III, p. 485.

considération humanitaire, caractère obligatoire ou particulièrement utile de la dette (frais de justice), causes que l'on rencontre déjà en droit romain ; d'autres sont absolument nouvelles, et résultent de ce fait que le créancier, sans avoir reçu d'équivalent, a augmenté le patrimoine actif du débiteur (privilege du vendeur). Enfin ce sont les privileges nombreux résultant d'une constitution de gage, que cette constitution fut expresse ou tacite.

Nous n'avons pas à revenir sur le fondement des privileges des frais funéraires et de constructions, etc... qui motiva en droit romain la création de notre institution ; il se perpétua dans notre ancien droit sans modification appréciable. Au contraire, le privilege du vendeur et celui qui résulte d'une constitution de gage, apparaissent avec un caractère de nouveauté tout à fait marqué ; et nous devons rechercher si, en ce qui les concerne, le principe général romain qui attache le privilege à la qualité de la créance, s'est conservé intégralement.

21. Le vendeur, à Rome, était protégé très efficacement, du moins lorsqu'il vendait au comptant, contre l'insolvabilité de l'acheteur ; il restait, dans cette hypothèse, propriétaire de l'objet et en le revendiquant, le reprenait en nature envers et contre tous les créanciers de son débiteur. *Venditæ vero et traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit* (1). Le vendeur n'avait donc besoin d'aucune autre espèce de

(1) *Institutes*, l. II. t. I, n° 14.

garantie, puisqu'il avait le droit le plus fort de tous, la propriété. Pourtant, une circonstance pouvait modifier du tout au tout sa situation éminemment favorable : *si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri* (1) ; lorsqu'il vendait à terme, il devenait créancier du prix payable à une échéance plus ou moins lointaine, et n'était plus à cet égard qu'un créancier chirographaire. Peut-être dans ce cas, le droit romain aurait-il pu accorder une garantie au vendeur à terme ; non pas un privilège, qui lui eut donné un droit de préférence sur tout le patrimoine, et eut été excessif (si l'on suppose, par exemple, le prix de vente supérieur à la valeur de la chose), mais au moins une hypothèque légale sur l'objet vendu ; en même temps qu'une garantie efficace et utile, il y aurait eu, de cette façon, proportionnalité entre celle-ci et la créance. Mais les jurisconsultes ne nous apprennent nullement qu'une telle garantie eût été accordée au vendeur à terme ; la seule ressource qui lui restait, était celle qui appartenait à tout autre créancier, c'est-à-dire un gage ou une hypothèque conventionnelle.

Ce que le droit romain avait négligé, fut établi par notre ancien droit ; une garantie fut accordée au vendeur ; si l'objet de la vente était mobilier, comme les principes s'opposaient à l'établissement sur eux d'une hypothèque, la garantie accordée fut un privilège ; privilège portant comme l'hypothèque eut pu le faire sur le meuble vendu

(1) *Institutes, loc. cit.*

seulement, et non pas sur l'ensemble des biens de l'acheteur.

Le privilège apparaît donc au profit du vendeur avec une utilité incontestable. La prohibition de l'hypothèque mobilière devait pouvoir être tournée ; on n'inventa rien de nouveau, on se servit, au contraire, d'une institution préexistante, pratiquée déjà depuis deux siècles et demi dans notre pays, empruntée au droit romain. Ce dernier, il est vrai, s'opposait au moins pour les privilèges simples à leur établissement sur une chose déterminée ; mais dans les pays de coutumes, la puissance conservatrice du droit antique était infiniment moins grande que celle des principes germaniques ; et puisque la situation du vendeur à terme était digne d'intérêt, on pouvait faire échec au premier, pour permettre aux seconds de se maintenir intégralement. D'ailleurs faut-il voir ici la première apparition en droit d'un privilège spécial ? nous ne le pensons pas ; déjà et depuis longtemps le créancier muni d'un gage, ayant le droit à l'échéance d'en tirer le montant de sa créance impayée, avait précisément ce droit de préférence qui n'est autre qu'un privilège spécial.

22. Dès le début de l'époque franque, si nous ne trouvons dans les lois barbares aucun contrat de gage affectant les immeubles, en raison de l'absence même de la propriété immobilière, nous trouvons par contre des mentions très fréquentes du gage mobilier. Voici, par exemple, l'édit de Rotharis (ch. ccl) qui reconnaît au créancier non payé en même temps que le droit de conserver le gage,

le droit à une somme supplémentaire à raison du retard. Ce contrat, par la suite, devait avoir pour objet des immeubles aussi bien que des meubles ; le mort-gage en est la preuve.

Ce contrat de gage était considéré comme un contrat réel ; on ne le comprend guère, en effet, sans la remise effective de l'objet du *namps* ; en général, le créancier se mettait en possession en vertu de la convention ; mais parfois aussi il pouvait espérer cette prise de son propre mouvement, comme une subsistance de « l'ancienne saisie-privée qui après avoir été générale, continuait à être permise contre certains débiteurs au profit des créanciers privilégiés (1) ». Quant à la réalisation du gage lors de l'échéance de la créance, le système dont nous retrouvons la trace dans l'édit de Rotharis, devait recevoir bientôt une première atteinte ; le créancier gagiste n'eut plus le droit de garder sans autorisation l'objet dont il était nanti, il fallait qu'une décision de justice intervint pour forcer le débiteur à racheter le gage, et s'il ne s'exécutait pas, l'objet donné en nantissement était attribué au créancier. Enfin, un troisième système devait compléter et modifier encore celui-ci ; le créancier devait s'adresser à la justice et solliciter l'autorisation de vendre le gage. Cette faculté une fois accordée, on ne procédait à la vente qu'au bout d'un certain délai ; sorte de terme de grâce donné au débiteur pour lui permettre de payer et d'éviter ainsi la perte matérielle

(1) Glasson, t. VII, p. 699 et s.

du bien engagé. Le délai expiré, la vente était faite et le prix versé entre les mains du juge qui procédait à sa répartition. En premier lieu venait le créancier gagiste, et après lui, s'il restait quelque chose, les autres créanciers chirographaires. Parmi ces derniers, lorsqu'ils poursuivaient la vente du reste des biens, pouvait figurer le créancier gagiste dans l'hypothèse où le prix de vente de son gage eut été insuffisant pour le couvrir complètement de sa créance ; sur les autres biens, en effet, le créancier nanti venait avec la masse des obligations personnelles sans préférence, ni avantage quelconque. Son droit de préférence était donc non pas général, mais localisé ; tel quel il ressemblait fort à l'un des effets de l'hypothèque spéciale, et son résultat pour le créancier était à peu près identique. Sans doute sur les meubles il n'y avait point d'ordres successifs de créanciers gagistes pour cette raison que la possession obligatoire dans ce contrat ne peut appartenir à plusieurs à la fois (exception faite bien entendu du cas d'indivision) ; de même encore sur les meubles, le principe germanique qui prohibe le droit de suite devait conserver une efficacité particulière ; mais combien de fois en pratique devait-on appliquer le droit de suite ? bien rarement (à moins de supposer une perte ou un vol) puisque le gage exige la possession matérielle.

Malgré cela, malgré cette analogie du gage et de l'hypothèque, il existait une impossibilité juridique à donner au premier le nom du dernier, à cause de la détention matérielle qu'il exige, à cause des idées germaniques très vi-

vaces ; cependant ils avaient un effet commun le droit de préférence, ou plus exactement à côté du gage qui ne donne à proprement parler que la possession, il y avait pour le créancier un droit nouveau ; la préférence sur la valeur du gage. Cette préférence qui ne venait pas à proprement parler du gage, qui ne venait pas non plus d'une hypothèque, fut appelée un privilège, du nom d'un droit déjà familier aux esprits juridiques, peut-être pour éviter de créer une catégorie nouvelle de droit de préférence ; « la seule cause de préférence dont ils (les meubles) peuvent être affectés consiste dans les privilèges. C'est donc la seule dénomination qui puisse convenir à la garantie née du contrat de gage (1). »

Cette dénomination ne devait pas être seulement appliquée au résultat de la constitution expresse de gage, mais on devait, peut-être avec plus de raison, qualifier ainsi le résultat d'une constitution tacite ; et c'est ainsi qu'on rencontre le privilège du bailleur, des marchands de l'eau de Paris, sur les bateaux comme garantie des malversations des bateliers, celui de l'aubergiste, du voiturier, etc. On reconnut probablement dans ces dernières hypothèses qu'une garantie spéciale s'imposait au profit du créancier, et l'on pensa qu'il était naturel de voir dans les meubles du locataire, les objets voyageant avec « pèlerins », ou confiés aux voituriers, les bateaux, comme des garanties spéciales de créances éventuelles : « certaine chose est que tous les

(1) Baudry-Lacantinerie, t. I, p. 94.

biens qui sont apportés en la maison qu'aucun tient en louaïge sont gage de louaïge pour la nature de la loi écrite, ni ne doivent estre transportées hors de la maison, puisque le seigneur de la maison l'aura défendu, car autre justice ni sergent ne font que le seigneur mesmes de la maison ; et ainsi le tiennent et le gardent les coustumiers partout (1). » Cependant le mot privilège n'était pas prononcé par Bouteiller, qui ne parle que du gage et du « plus grand droict au gaige » et avant lui Beaumanoir évitait aussi de prononcer ce mot pour caractériser le droit de préférence du bailleur sur les meubles de son locataire en cas de bail de maison, et sur les récoltes en cas de louage de ferme (2). Cette expression devait être employée pour la première fois dans un texte officiel par l'art. 181 de la coutume de Paris, et admise après elle sans discussion par les théoriciens. C'est Pierre de l'Hommeau qui dans la maxime 396 écrit que « le créancier qui a pris gage de sa dette est préférable à tous autres créanciers quand il est trouvé saisi de la chose à lui baillée en gage » ; c'est dans Loysel la maxime 171, ou encore la règle 18 (3) « les propriétaires sont préférés à tout autre créancier pour les maisons et loyers de l'année courante » ; et dans le titre VIII du même livre la règle 8 « *Item* celui qui tient le gage à hypothèque privilégié sur icelui avant tous autres » de même « dettes privilégiées sont celles qui sont adjudgées

(1) Bouteiller, p. 588.

(2) Beaumanoir, ch. xxxiv, nos 16 et 17.

(3) L. III, t. VI, de louage.

par sentences... louages de maisons... ou quand le créancier est nanti de gage par l'ordonnance du roi Philippe-Auguste (1) ». Ce sont ces idées qui plus tard devaient inspirer Bourion (2) et Pothier (3), et pourtant au xvii^e siècle un jurisconsulte s'était élevé contre cette appellation ainsi donnée au droit de préférence du créancier nanti « on ne met pas au nombre des privilèges, disait Domat (4), la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage et qui sont en sa puissance ; car cette préférence n'est pas fondée sur la qualité de la créance, mais sur la sûreté que le créancier a prise en se saisissant du gage ».

23. Certes, Domat s'exprimait en excellent latiniste qu'il était, afin de montrer toute la différence qui séparait le privilège du droit romain auquel il se réfère exclusivement comme critérium comme type de comparaison, et le privilège du Moyen Age dérivé du gage. Pour Domat le droit de préférence qui appartenait au créancier nanti résultait exclusivement de sa qualité de gagiste et non pas d'un privilège, lequel ne peut trouver d'autre fondement, que la cause favorable de la créance. Cette opinion est-elle vraiment exacte ? le gage a-t-il par lui-même assez de vertu et de force pour entraîner un droit de préférence ? Nous avons vu qu'à l'origine au moins le droit du créan-

(1) Règle 3 du t. VI, du livre IV.

(2) T. I, p. 46.

(3) T. I, p. 675 et s., n° 119.

(4) L. III, t. I, sect. V.

cier nantise confondait en somme avec un simple droit de retention et rien de plus. Il est donc possible de concevoir un droit de gage qui ne donne pas de droit de préférence ; ce dernier n'est pas de l'essence même du gage et n'en est pas obligatoirement le résultat. Plus tard, dans le stade terminal de l'évolution, le contrat de nantissement, nous apparaît, avec non plus seulement un effet négatif, mais avec un effet essentiellement positif : le droit de vendre et le droit de prélèvement. Pourquoi ce changement ? C'est ici qu'il faut à notre avis, faire intervenir la question du fondement du privilège.

Lorsque notre ancien droit consacra les privilèges reconnus déjà en droit romain, il n'ignorait pas leur motif résidant dans la cause éminemment favorable de l'obligation. Ce principe devait rester dans bien des cas la base du choix entre les créances, et il n'est pas malaisé de le retrouver dans le droit de préférence du bailleur par exemple, indépendamment de toute idée de gage. Le bailleur, lorsqu'il louait, sa maison ou sa ferme, ne pouvait prendre d'hypothèque comme il l'eut fait en droit romain sur les meubles de son locataire ; il ne pouvait non plus, généralement, prendre hypothèque sur ses immeubles en raison de la modicité de la somme et aussi de la fréquence de ces sortes de créances ; l'eut-il fait qu'une telle hypothèque aurait pu n'être pas sans difficulté : établie au début du bail pour assurer le paiement de tous les termes successifs, elle eut garanti une créance éventuelle (la maison pouvant être détruite) et qui diminuait à mesure que le locataire payait.

Et cependant malgré cette diminution progressiste l'hypothèque serait restée entière, et le bien grevé pour la totalité du bail, alors peut-être qu'un seul terme de location eût été encore dû. C'eût été excessif. Fallait-il donc passer un nouvel acte, acte constitutif du droit réel à chaque échéance ? c'était impraticable. L'hypothèque était donc impossible. Et pourtant la situation du bailleur était digne d'intérêt ; une garantie d'être payé lui était nécessaire. Cette garantie ce fut probablement notre institution qui la lui fournit, en vertu de cette idée que le droit de préférence résultant de la qualité d'une créance, est un privilège.

En droit romain, il n'avait pas été bien difficile de procurer au bailleur la satisfaction désirable ; une hypothèque tacite sur les meubles de son locataire la lui avait donnée. Notre ancien droit par imitation lui donna le seul droit réel possible sur les meubles, un gage tacite ; ce gage était loin d'ailleurs de lui procurer le même avantage que l'hypothèque puisqu'il ne lui donnait que la possession et le droit de l'exiger.

Il existait donc, ainsi au profit du bailleur, deux droits tout à fait distincts, ayant leurs effets propres : le gage et le privilège, dont la conjonction n'était pas inutile. Lorsqu'à l'arrivée du terme, le créancier impayé, en possession des meubles, les fera vendre, il n'aura aucune crainte de s'en dessaisir au profit du tiers acquéreur, puisqu'il exercera son privilège sur le prix de vente. Ce sont deux droits qui se complètent, avec cette particularité que l'ordre de leur exercice est toujours le même ; le privilège vient en second,

toujours précédé du gage. Ainsi étroitement accouplés, ils apparurent aisément aux esprits simplistes de nos vieux auteurs, comme la conséquence l'un de l'autre, et le privilège, dont la nature intime et l'importance indépendante n'apparaissaient peut-être pas très clairement, fut considéré comme l'un des effets de ce droit coutumier, très vieux et bien connu que constituait le gage. L'ordre de leur utilité pratique ajoutait encore à cette vraisemblance.

24. Il est facile de trouver dans les textes la preuve de cette dualité originairement indépendante de ces deux droits reconnus au bailleur. Dans un arrêt de Noël de l'année 1585, rapporté par de Montholon (1), il fut jugé que le propriétaire d'une maison pour ses loyers ne devait pas être préféré ni privilégié sur les meubles de son locataire. La raison invoquée c'est qu'en droit romain, il avait une hypothèque tacite et par suite ne figurait pas parmi les créanciers privilégiés *inter personales actiones*, que dans notre droit il n'y a plus d'hypothèque sur les meubles ; donc que le bailleur n'a pas d'hypothèque, qu'il n'a pas non plus de privilège, par suite pas de droit de préférence. Ainsi la décision de la cour est formelle ; les deux seules causes du droit de préférence sont examinées et comme la loi n'en gratifie pas le bailleur, celui-ci n'exercera aucun avantage spécial ; quant au gage tacite, on ne s'en préoccupe pas ; il existe pourtant bien en 1585 ; seulement comme il n'entraîne nullement le droit de vendre et d'être pré-

(1) Arrêt 64.

féré on ne l'examine pas, il n'en est pas question ; on ne lui connaît qu'une vertu, qui n'a aucune utilité en l'espèce, le droit de rétention ; mais le droit de rétention, n'est pas une cause de préférence. Quant au privilège on le refuse au bailleur parce que le droit romain ne le lui donnait pas ; et ce silence des textes ne sera pas comblé même par la présence pourtant certaine du gage insusceptible de produire un pareil effet.

Il y a donc entre le gage et le privilège une indépendance réciproque très caractérisée par cet arrêt. On ne peut s'empêcher de la déduire aussi de l'examen d'un contrat réel très voisin du gage, le contrat d'antichrèse. Ce contrat n'assure au créancier, comme dans notre ancien droit, que la possession de l'immeuble donné en garantie ; c'est quelque chose de très semblable à l'effet produit par le gage à son origine. Or, le gage a évolué, l'antichrèse n'a pas changé pourquoi ? peut-être faut-il en trouver la raison dans ce fait qu'on ne connut jamais, dans notre ancienne jurisprudence d'antichrèse tacite destinée à garantir une créance favorable à laquelle peut-être on eut annexé un privilège. L'antichrèse n'a pas évolué, elle est restée, ce que peut-être serait resté aussi le droit de gage, au cas où l'institution du privilège ne serait pas venue en compléter la puissance.

Quoiqu'il en soit le privilège attaché, au fond des choses, à la qualité favorable de la créance du bailleur, paraît avec cette conception nouvelle, être l'un des effets du droit de gage et cette théorie se greffe de la même façon sur les

créances doublement favorables du voiturier, de l'aubergiste, etc. Voici donc toutes les créances assorties d'un gage tacite, qui sont en même temps privilégiées ; cette dernière faveur devait logiquement, et pour sa raison d'une unité désirable de doctrine, passer aux créances accompagnées d'un droit de gage de exprès. Et c'est ainsi que le privilège dérivé originairement *ex causa*, finit dans certain cas par être l'un des effets du gage. C'était une altération des formes primitives (surtout pour le gage exprès), nous verrons qu'elle n'est pas unique.

25. D'ailleurs, n'était-il pas permis à nos vieux auteurs d'ajouter le gage aux deux sources de notre institution que le droit romain avait admises ? Il n'existait pas d'impossibilité juridique à réunir sous la même étiquette le droit de préférence qui résultait du gage, et celui qui résulte *ex causa*. Certes, si les principes antiques s'étaient conservés, si le créancier gagiste impayé s'était vu attribuer l'objet du gage au jour de l'échéance, il y eut eu là un privilège d'une conception tout autre que celle que nous étudions ; mais le gage s'est transformé et nous constatons alors dans les deux cas un droit qui s'exerce sur la valeur des biens, un prélèvement opéré sur le prix d'un bien du débiteur ; le résultat final est donc le même. Quant à la nature de l'un et l'autre de ces deux droits nous verrons qu'elle pouvait aisément permettre leur réunion sous la même rubrique.

26. Le privilège s'était spécialisé, et il faut reconnaître qu'il y eut dans l'idée juridique qui établit une diffé-

renciation entre les biens d'un débiteur un progrès très marqué. On n'accorda point au bailleur, au voiturier, etc. et après eux au créancier muni d'un gage exprès, un droit de préférence sur le patrimoine entier, mais seulement sur un objet déterminé : c'était établir une proportionnalité mesurée entre l'importance respective de la créance et de la garantie. Une notion nouvelle prit corps : il y eut des privilèges spéciaux par opposition aux privilèges généraux du droit romain. Ce privilège spécial devait par la suite recevoir une extension considérable ; on le jugea si pratique, qu'il fut étendu sans difficultés à d'autres hypothèses, la première en cas de vente à terme d'un objet mobilier. Cette application était absolument opposée aux principes romains « néanmoins la cause du vendeur a été trouvée si favorable qu'il (l'art. 177 de la coutume de Paris qui le consacre,) a été étendu aux autres coutumes qui n'en disposent point comme à celle de Montfort par arrêt donné... le 12 avril 1588 (1) ». Cet arrêt jugeait en effet « touchant les cuirs vendus à un marchand d'Epéron que le vendeur serait préféré sur iceux pour son prix dont il avait donné terme (2) ».

L'art. 177 de la coutume de Paris rédigé lors de sa réformation en 1580, était la consécration officielle d'une pratique ancienne dont on retrouve la trace dans quelques arrêts (16 avril 1575 à Orléans) (3), il est même curieux

(1) Ferrière, II, p. 1339.

(2) Loyseau sur art. 179, l. III, ch. VIII, n° 6.

(3) Bacquet, ch. XXI, n° 408.

de constater la présence des plus anciens dans le ressort des parlements des pays du droit écrit. C'est un arrêt de Lyon du 27 novembre 1574 « par lequel il fut jugé que le vendeur nonobstant l'accord et atermoïement fait par les autres créanciers avait droit de faire saisir la marchandise par lui vendue à terme et crédit, trouvée en nature en la possession du débiteur et de la faire vendre pour être payé de son dû sans être tenu à contribution (1) », de même un arrêt du parlement de Toulouse de juin 1577, dans lequel la demanderesse ayant vendu à terme certains biens au sieur Fayac « s'était rendue opposante afin de distraire les biens vendus » tandis que ses adversaires, les autres créanciers du sieur Fayac alléguaient « que par la vente elle avait transféré la propriété des choses vendues à Fayac et suivi la foi et le crédit pour le prix ». Il fut alors jugé « que... les biens par elle (la demanderesse) vendus seraient séparément exposés en vente pour des deniers lui provenant être payée de ce qui lui était dû, et que le surplus serait mis au blot des deniers qui proviendraient des autres biens pour être distribués aux autres créanciers (2) ».

La destinée de l'art 177 de la coutume réformée, devait être des plus étendues ; le parlement de Bordeaux, par exemple, se conformait au texte coutumier « nous pratiquons, dit un auteur, dans notre ressort, qu'en vente... de

(1) Ferrière, *loc. cit.*

(2) Maynard, t. I, l. II, ch. XLV.

meuble, s'il est vendu à crédit et qu'il se trouve es-mains d'un deuxième acheteur le privilège aura lieu en faveur du premier vendeur sur le prix qui est es-mains du deuxième acheteur (1)... » et les arrêts qui consacrent ce système nouveau sont nombreux. Les auteurs étaient également d'accord pour le suivre, « il n'y a nul doute, dit Loyseau » que celui qui l'a vendu (l'office) ne soit préféré pour son prix, car ce privilège est reconnu en droit romain particulièrement en la milice, nov. 53, 97 et 136. Et il est notoire que généralement en France comme au droit le vendeur est privilégié sur la chose achetée à lui suivant... l'art. 177 de la coutume de Paris par cet arrêt solennel de Pâques 1588. »

On peut remarquer dans ce texte, que l'auteur ne fait aucune distinction entre la vente à terme et la vente au comptant ; il parle d'une vente, sans plus. C'est qu'en effet, sous l'influence d'une jurisprudence très fermement établie par le Parlement de Paris, on finit par accorder indistinctement le privilège du vendeur tant au vendeur à terme (pour lequel il avait été, d'après l'opinion générale, primitivement créé) qu'au vendeur au comptant. On sait que ce dernier était très efficacement protégé par la faculté de revendiquer l'objet vendu ; seulement tandis qu'en droit romain aucun délai n'était fixé pour l'exercice de cette action, notre ancien droit se montra plus exigeant ; un délai de dix jours lui fut imposé pour exercer sa revendica-

(1) Lapeyrère, *lettre P.*, n° 129.

tion. A l'expiration du dixième jour, le vendeur était considéré comme ayant suivi la foi de l'acheteur en lui accordant tacitement un terme par sa négligence ; il perd le droit de revendication *quia fidem habuit de pretio* (1). Peut-être cette règle fut-elle établie, afin d'expliquer deux arrêts, en eux-mêmes contradictoires, prononcés à quelques jours d'intervalle, par le parlement de Paris. Le 10 mars 1587 un arrêt refusait à un tapissier le droit de revendiquer des objets vendus par lui et non payés, puis revendus par l'acheteur ; le 24 juillet suivant, au contraire, ce même droit de revendication était accordé à des marchands de vin en gros. Ces derniers, il est vrai, avaient exercé sans retard leur action en justice, tandis que le tapissier avait laissé s'écouler un délai assez long avant d'entreprendre sa revendication. Puisqu'il résultait de cette jurisprudence, que le vendeur se trouvait désarmé dix jours après la vente au comptant de son droit de revendication, sa situation devenait absolument pareille à celle d'un vendeur à terme. Une même garantie devait, en conséquence, lui être accordée ; et c'est précisément sous l'influence de cette pratique que Loyseau ne faisant aucune distinction entre les deux sortes de vente, parle du privilège du vendeur. Quant à l'ancienne différence faite par le droit romain, on ne la considère plus que comme une « subtilité (2) ».

(1) Coup. Laurière, *Cout. de Paris*, II, p. 147.

(2) Laurière, II, p. 248.

26 *bis*. L'art. 177 de la coutume de Paris en consacrant la théorie nouvelle du privilège du vendeur à terme, ne s'explique pas sans une certaine gêne « si le vendeur de meuble a donné terme, lisons-nous, il peut empêcher la vente et est préféré sur la chose aux autres créanciers. Cette tournure de phrase un peu ambiguë devait entraîner une interprétation assez imparfaite chez quelques-uns de nos vieux auteurs ; c'est ainsi que pour Pierre de Challines, le commentateur de Pierre de l'Hommeau, les mots « il peut empêcher la vente », seraient synonymes de « il peut revendiquer la chose vendue, comme à lui appartenant parce que les choses vendues sont toujours réputées appartenir au vendeur jusqu'à ce qu'il ait été payé ou autrement satisfait ». C'est là, très certainement, une observation maladroite ; le privilège du vendeur ne consistait pas à reprendre en nature l'objet vendu, mais seulement à en prélever la valeur sur le prix de la vente. Les mots « empêcher la vente » n'ont donc pas d'autre signification que celle-ci : un acheteur est poursuivi par d'autres créanciers que son vendeur ; dans la saisie figure le meuble vendu, qu'on s'apprête à réaliser avec la masse des autres biens ; le vendeur pouvait s'opposer à l'exécution de la vente hors de sa présence, il pouvait « empêcher » qu'on y procédât en son absence, puis sur le prix de la vente en justice, à laquelle il assistait, il exerçait son privilège.

27. Ce ne fut pas seulement au cas de vente de meuble, que la cause de la créance du vendeur fut considérée comme favorable ; le privilège fut également accordé au

vendeur d'immeuble d' « héritage » comme on disait alors. L'évolution, dans ce sens, fut assez tardive puisqu'au début du xvii^e siècle la jurisprudence n'accordait cet avantage qu'à titre purement exceptionnel, et se contentait généralement d'appliquer les principes romains que nous savons. Toutefois, dès l'année 1608, un revirement s'opère dans un « arrêt » du parlement de Paris du 14 mai (1). Il fut jugé que « celui qui a vendu son héritage ou autre immeuble sans stipulation d'hypothèque privilégiée pour le prix ou le restant du prix, n'a point de privilège dans la rigueur, mais l'usage est contraire » et Ferrière (2) nous affirme que l'arrêt de 1608 consacrait un usage sinon constant du moins fréquent, certainement imité de l'art. 177 de la coutume de Paris. Il n'y eut pas de texte officiel qui affirma cette habitude ; ce fut la jurisprudence des parlements qui la consacra et les arrêts au cours du xvii^e siècle se multiplièrent. C'est un arrêt du 26 août 1621 qui s'en est inspiré ; ce sont encore deux arrêts très caractéristiques du mois d'avril 1628 et du 8 septembre suivant. Bouguier, avocat au parlement, qui nous les rapporte, déclare (3) : « Que par une nouvelle jurisprudence il a été arrêté que celui qui a vendu un héritage moyennant un certain prix préfixé, faute de paiement, a une hypothèque tacite sur la chose, sans stipulation ni conven-

(1) Brodeau sur Louet, lettre H., n° 6.

(2) Ferrière, *Nouvelle institution coutumière*, t. III, sect. III, p. 79, art. 103.

(3) Lettre H, ch. xii.

tion et un privilège fondé sur ce que *non tamen jure hypotheca, quam jure proprietatis res ab eo vindicatur* ; que si le meuble ou la marchandise vendue n'est pas censée appartenir à l'acheteur qu'après en avoir payé le prix au vendeur, qui est présumé ne l'avoir vendu qu'à cette condition, il faut admettre aussi que le droit de propriété des immeubles ne passe incommutablement en la personne des acquéreurs que quand ils en ont payé le prix entier. » Ces décisions admises d'abord dans le pays de coutume, devaient gagner de proche en proche les pays de droit écrit, et se retrouver dans les arrêts de leurs parlements. Le 23 août 1681, le parlement de Bordeaux eut l'occasion de se prononcer dans le même sens ; le vendeur d'une métairie ne s'était point réservé de « spécialité d'hypothèque sur icelle » malgré cela, les biens de l'acheteur ayant été saisis, le vendeur demanda d'être colloqué par préférence à tous les créanciers sur le prix de la métairie ; ses co-créanciers lui objectèrent qu'il n'avait pas d'hypothèque puisqu'il ne s'en était pas réservé, et que d'autre part, la loi c'est-à-dire le droit romain, ne lui accordait aucun privilège. Le parlement de Bordeaux appelé à trancher le débat, « jugea la dite spécialité, ordonna que les biens composant ladite métairie seraient à part estimés, eu égard au prix total de l'enchère pour être prise sur iceux, la somme pour laquelle ils avaient été vendus préférentiellement aux autres créanciers (1) » ; et le commenta-

(1) Lapeyrière, *lettre P.*, n° 129.

teur qui rapporte cet arrêt déclare que l'on pratique dans le ressort de ce parlement « qu'en vente de fonds le défaut de conservation d'hypothèque n'empêche pas que le vendeur n'aye un privilège pour ce qui est à payer du prix de la vente ».

Les auteurs s'accordaient à considérer « cette jurisprudence comme conforme au droict et à l'équité naturelle qui ne veut point que la chose vendue passe en la personne de l'acquéreur s'il n'en a pas payé le prix (1) ». Ce privilège, véritable hypothèque privilégiée, n'était qu'une imitation du privilège accordé au vendeur de meuble, ayant pour motif la cause particulièrement favorable de la créance, en même temps qu'il fut le point d'aboutissement d'une pratique courante. On avait l'habitude de stipuler dans le contrat de vente une hypothèque spéciale sur le bien vendu, et cette précaution était pour le vendeur une garantie de paiement, lorsqu'à l'arrivée du terme, l'acheteur était insolvable. Si le vendeur à terme négligeait d'obtenir cette garantie, il n'avait d'autre ressource que l'hypothèque générale et tacite que lui donnait son contrat passé devant notaire. Mais cette habitude de contracter « spéciale hypothèque » devint tellement commune que les parlements finirent par en sous-entendre la constitution dans les contrats de vente qui n'en faisaient pas mention ; et l'hypothèque du vendeur sur le bien vendu deve-

(1) Pierre de l'Hommeau, *Max.* 390.

nait ainsi une hypothèque légale, de conventionnelle qu'elle était avant (1).

28. Quant au fondement de ces privilèges du vendeur, il apparaît manifeste dans les textes que nous citons ; la revendication lui est impossible, et pourtant, il a fourni à l'acheteur une valeur dont il n'a pas reçu l'équivalent ; cet équivalent, l'équité l'exige, et le moyen de l'obtenir, le privilège le lui donne. Peut-être lorsqu'il s'agit du vendeur au comptant, armé du droit très énergique de revendication, l'utilité de notre institution était elle moins manifeste ; cependant, on jugea les effets produits par la revendication susceptibles de troubler la propriété et on en restreignit l'exercice. Le privilège fait la compensation équitable de cette atteinte portée au droit de propriété ; et si elle n'avait pas des conséquences aussi favorables pour le créancier, la façon plus modeste dont elle s'exerçait, justifiait aisément cette modification.

29. Ainsi le mouvement qui créa, à la suite du privilège dérivé du gage, tous les autres privilèges spéciaux, s'était continué avec une grande intensité dans notre ancien droit ; ils avaient tous pour raison d'être — qu'ils fussent généraux ou spéciaux — la cause favorable de la créance, et l'impossibilité dans laquelle se trouvait le créancier de se faire donner une garantie, en fut le prétexte ; on ne voit

(1) Dans le pays de droit écrit, le vendeur à terme, évitait la translation de propriété produite par la vente au moyen d'une convention de précaire ; v. Simon d'Olive, *Questions notables*, l. II, ch. xvii.

pas, par exemple, le bailleur d'une maison ou le vendeur de meuble exigeant de son débiteur la remise matérielle, soit des meubles meublants, soit de l'objet vendu. C'eût été un non-sens. Peut-être à ce principe général qui servit de fondement à la création dans notre ancien droit de tous les privilèges, pourrait-on apporter une exception en ce qui concerne le privilège du créancier gagiste. Mais son existence se justifie par ce fait qu'un droit de préférence, un privilège ayant été précédemment adjoint, sur une créance favorable, à un gage tacite (bailleur, hôtelier, etc.) puis considéré comme une conséquence de ce droit réel, on jugea conforme à l'unité des principes d'y voir aussi le résultat du gage exprès.

30. Les travaux préparatoires du Code civil devaient s'inspirer de ces principes que notre ancien droit avait apporté jusqu'au seuil de la Révolution. Le tribun Grenier, dans son rapport, déclarait que le privilège « résulte de la qualité, on pourrait même dire de la faveur de la créance, abstraction faite de l'époque où elle s'est formée (1) » et l'art. 2095 rédigé sous l'empire de ces idées en est la reproduction à peu près littérale.

Le nombre des privilèges admis par le chapitre du Code civil qui les concerne, est très sensiblement le même que celui que notre ancien droit avait consacré ; et ils étaient déjà nombreux. Par la suite, des lois successives sont venues compléter encore l'œuvre de codification, et à tel

(1) Fenet, t. XV, p. 490.

point même, qu'on est en droit de se demander si toutes les créances ne sont pas dignes de faveur, si toutes ne remplissent pas la condition qu'exige l'article 2095 pour l'obtention d'un privilège. Pourquoi, par exemple, la créance d'un simple prêteur d'argent n'est-elle pas d'une qualité aussi éminemment favorable que celle des travaux d'assainissement (loi 15 février 1902, art. 15), et pourquoi dans ce dernier cas la concession d'un privilège a-t-elle paru indispensable, tandis qu'elle paraît inutile dans le premier ? Il y a eu évidemment un développement exagéré de ce que les Romains avaient admis à titre d'exception ; surtout si l'on considère dans le règlement des faillites les privilèges très nombreux aussi du droit commercial. Et pourtant, malgré ces exagérations, malgré cette évolution grandissante d'une institution rarement appliquée à l'origine, le principe posé par les Romains, repris par notre art. 2095, subsiste encore dans tous les cas, comme le fondement même de cette faveur légale.

Qu'on n'objecte pas que cette unité de cause est incompatible avec l'accroissement considérable des créances privilégiées ; puisqu'il s'agit d'une appréciation de la qualité d'une créance, cette appréciation est essentiellement subjective et dépend d'une foule de facteurs indéterminables. Telle créance pouvait être pour les Romains des moins favorables, qui nous apparaisse aujourd'hui avec une nécessité marquée d'être acquittée. Il se produit ici un phénomène de relativité obligatoire, mais il ne concerne que les applications et laisse le principe intact.

31. Cette unité de cause, elle est manifeste, en ce qui concerne les privilèges généraux de l'art. 2101 du Code civil ; inspirés du droit romain, transmis par notre ancien droit à notre législateur, ils ont conservé, sinon leurs caractères originaires, du moins une raison d'être identique à l'ancienne *causa*. C'est un point généralement admis (1).

32. Infiniment plus discutée est la question de l'unité de cause de la notion du privilège, à l'égard des privilèges spéciaux, tant sur les meubles que sur les immeubles. Toutefois, pour les privilèges immobiliers, on reconnaîtrait volontiers qu'ils tirent leur origine de la qualité favorable de la créance ; le vendeur d'immeuble est privilégié pour avoir versé à son détriment dans le patrimoine de l'acheteur, une valeur sortie du sien sans compensation ; le privilège de l'architecte procède d'une même idée ; quant au but poursuivi par le privilège des copartageants, c'est de maintenir l'égalité qui est « l'âme des partages ». Dans ces différents cas, la *causa* est très nette ; une loi de faveur faite dans un intérêt privé est la garantie de ces créances, et l'art. 2095 est strictement appliqué.

L'accord est loin d'être le même parmi les auteurs, dès qu'il s'agit de justifier de la même manière l'existence des privilèges mobiliers spéciaux, et une diversité de motifs absolument remarquable aurait, prétend-on, présidé à

(1) Planiol, II, p. 800 et 801 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 303 ; Laurent, xxix, n° 306, Demante et Coimet de Sauter, IX, n° 6 Guillenard, I, n° 160 Aubry et Rau, III, § 258.

leur établissement. Il n'y aurait plus unité de provenance à beaucoup près et l'on serait bien loin du principe posé en tête du chapitre, dans l'art. 2095. En réalité, leur création aurait pour antécédent en même temps que pour cause, soit un gage, soit un droit de rétention, soit enfin un droit de revendication (1). Le Code aurait ainsi rassemblé dans le chapitre consacré à notre institution, des droits de préférence nés de circonstances très variées, pour lesquels les principes romains n'auraient eu qu'une influence purement nominative ; en réalité, leur origine ne serait pas dans la faveur de la créance, mais résiderait dans une simple association de mots, purement fortuite d'un droit de préférence très caractérisé, appelé privilège, et d'un droit de préférence quelconque.

A notre avis, le législateur a suivi une ligne de conduite beaucoup plus rigide ; il s'est trouvé en présence des théories de notre ancienne jurisprudence qui, nous l'avons vu, s'était conformé au système romain. Nous avons essayé d'établir, en ce qui concerne le privilège du bailleur, que celui-ci né de la qualité de la créance, avait fini par être considéré comme le résultat d'un gage tacite ; puis, pour des raisons que justifie facilement une unité de système désirable en doctrine, on attribua au gage exprès cette conséquence du gage tacite. Ce passage de l'un à l'autre des deux aspects du droit de nantissement était très naturel ; il s'imposa à l'esprit juridique de nos vieux au-

(1) Planiol, II, p. 810.

teurs comme un moyen commode d'exprimer le résultat nouveau du contrat de gage, qui donnait alors le droit de vendre et de prélever sur le prix le montant de la créance. Mais cette altération du fondement primitif du privilège ne doit pas faire illusion ; le privilège du bailleur, pour nous en tenir à notre exemple, avait une origine *ex causa*.

D'ailleurs, si nos anciens auteurs, dans leurs écrits, associaient volontiers l'idée d'un gage tacite et celle d'un droit de préférence au profit du locateur, le Code se garde bien de faire un tel rapprochement ; l'art. 2102, 1^o ne parle que d'un privilège, et revient ainsi à la rigueur de l'art. 2095. Ce sont les interprètes qui accentuant la confusion faite par les coutumiers, veulent considérer le privilège du bailleur comme ayant sa cause dans une affectation sous-entendue, comme si la concession de ce privilège était injustifiée, et comme s'il était nécessaire de l'étayer sur un contrat de gage. Nous croyons avoir établi le mal fondé de cette idée (voir *supra*, n^o 23) (1).

Mais bien plus, admettons l'existence d'un gage tacite consacrée par notre Code, ne pourrait-on la considérer comme une concession faite d'après les termes de l'art. 2095 et si l'on veut, négligeant l'évolution réelle et indépendante de ces deux garanties, considérer le privilège comme la conséquence immédiate du gage, peut-on nier que ce dernier ne trouve son fondement précisément dans la qualité de la créance du bailleur ?

(1) Planiol, II, n^o 2468.

33. Ce principe c'est encore celui qui domine pour les privilégiés du voiturier et de l'aubergiste. Il n'est pas nécessaire de rechercher dans un droit de rétention ou dans un droit de gage l'origine de cette institution dont la loi fait ici l'application. Le législateur fixe dans ces hypothèses un droit de préférence sous l'empire du principe qui domine et cela est une justification suffisante. Certes, nous ne prétendons pas nier les errements très certains de nos vieux auteurs à cet égard (1), mais s'ils parlaient de l'existence d'un gage tacite, le Code par son silence a abandonné ces idées susceptibles de déformer la notion originaire, et il n'appartient pas aux interprètes de combler un silence probablement voulu. On prétend, il est vrai, qu'il ne peut y avoir de privilège en l'espèce puisque le droit de préférence disparaît lorsque le voiturier ou l'aubergiste se dessaisit volontairement des biens soumis à cette garantie (2) ; et c'est alors qu'on veut faire intervenir l'existence, soit d'un droit de rétention, soit d'un droit de gage. On peut objecter d'abord que la loi ne parle point de la perte du privilège, conséquence du dessaisissement ; et peut-être lui fait-on dire plus et autre chose que le contenu des textes. Mais à supposer même fondée cette opinion, peut-on conclure nécessairement à l'impossibilité d'un privilège ? lorsque les objets voiturés ou les effets du voyageur auront été abandonnés par le créancier, il se produira une confusion

(1) V. par exemple, C. du Bourbonnais à 134-135.

(2) Planiol, II, n°. 2521.

entre ces mêmes objets et les autres biens du débiteur, cette confusion rendra délicate ensuite la détermination des effets soumis au privilège, et pour l'éviter on peut décider que le privilège ne recevra son application, que lorsque leur individualisation sera non équivoque, ce qui existera au plus haut point lorsqu'ils seront encore entre les mains du créancier.

Quelques auteurs dans notre ancien droit avait déjà remarqué cette altération de la notion du privilège quant à son fondement ; c'est ainsi que Domat (1) avait recherché la cause du privilège du voiturier dans une idée de conservation de la chose « *Hujusenim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* » assertion purement gratuite aussi peu fondée que celle qui le déduit de l'idée d'une amélioration de la marchandise, d'une augmentation de sa valeur par l'effet du transport. Ceci peut être vrai dans certains cas, mais aussi absolument inexact dans certains autres. Il nous paraît plus vraisemblable de supposer ce privilège reposant sur les nécessités commerciales et l'impossibilité où se trouve généralement, toujours même, les créanciers de réclamer utilement une garantie de leur créance future.

34. Reste enfin la question de la revendication considérée comme source du privilège dans certaines hypothèses. Il semble qu'ici encore on puisse relever une évolution pareille à celle que nous avons rencontrée en matière de gage. Là encore nous voyons le privilège résultant,

(1) *Loix civiles*, l. III, t. I, sect. V.

conformément à l'art. 2095, de la qualité, favorable de la dette, surtout si l'on admet qu'il servit à procurer au vendeur de meubles à terme une garantie qui lui faisait défaut (1). C'est, précisément, parce que le droit de revendication lui manquait que le privilège lui fut concédé (2). Il ne peut donc en être la conséquence, mais doit être envisagé comme un remède à son absence. Plus tard notre institution reçut une application nouvelle dans le cas de vente

(1) Il est curieux de constater que le mot privilège fut en matière de vente prononcé pour la première fois en matière de vente au comptant : « Si aucuns, lit-on, dans le grand coutumier (l. II, t. des exécutions des lettres) étaient tenus à un autre pour louage d'une maison, ou pour vente de vin vendu en gros sans jour et sans terme, il est à savoir que ce sont debtes privilégiées. Mais si le créancier en perd obligation et donne terme, dès lors il se départ de son privilège et fait sa dette commune et ordinaire et telle qu'elle ne serait mie payée avant les autres ». On pourrait penser peut-être que le sens du mot privilège devrait être un peu vague dans l'esprit de cet auteur ; il n'en est rien, le rapprochement fait avec le privilège du bailleur, et la fin du texte « telle qu'elle ne serait mie payée avant les autres » établit péremptoirement l'inexactitude d'une telle supposition. En admettant alors la création et l'existence du privilège au cas de vente au comptant, il devient plus difficile encore d'affirmer son rapport de filiation avec l'action en revendication. En réalité le vendeur au comptant avait au xiv^e siècle, soit le droit de reprendre en nature l'objet vendu (a. en revendication sans limitation de durée) — soit le droit d'en exiger le paiement et ce par préférence (privilège) ; c'est ce dernier droit qu'on concéda plus tard au vendeur à terme.

(2) Cf. Valette (*Rev. pratique*, xvi, p. 883 et s.) de l'effet de l'inscription ; — d'après lequel le privilège du vendeur serait un droit réservé lors de la vente (système de dessaisissement partiel) ; contra Duverger (*Rev. pratique*, xviii, p. 449 et s.)

au comptant, mais cette fois-ci encore il est impossible d'y voir le rapport de filiation que prétend trouver la doctrine que nous combattons.

On sait que la jurisprudence voulant éviter que les apparences de propriété ne soient trop fréquemment troublées, exigea du vendeur non payé que son action en revendication fut exercée dans un bref délai. Ce délai expiré l'action lui était refusée comme on la refusait au vendeur à terme et pour le même motif : il avait suivi la foi de l'acheteur. Résultat : il perd sa garantie par suite de sa lenteur à agir ; à la place on lui donne un privilège, autre garantie très différente de la première, et par sa dissemblance insusceptible de faire double emploi avec elle (1), dans le délai très court où l'exercice du droit de propriété est possible. A ce moment l'alternative du vendeur comporte deux termes avec deux résultats à chacun desquels contribue chacun de ses deux droits ; s'il exige la remise en nature il doit faire appel à son droit de propriété ; s'il en exige la valeur, c'est le privilège qui la lui fera obtenir. Qu'on ne pense pas que le seul motif d'une reprise en nature soit un simple caprice du vendeur ; voici une faillite dont la masse active est très faible par rapport à la masse passive ; dans cette dernière le nombre des privilèges généraux est susceptible par son importance d'absorber l'actif ; le vendeur de meubles n'a-t-il pas intérêt à reprendre en nature ce qu'il a vendu, sans attendre le résultat pro-

(1) *Contra*, Planiol, II, p. 816 en note.

blématique de la liquidation ? certainement. Sans doute, dans certains cas, la revendication sera un moyen d'obtenir indirectement le paiement par la menace exercée sur le débiteur ou sur les créanciers de leur retirer le bien vendu ; et ainsi le résultat devient assez voisin de celui du privilège. Mais ce n'est qu'un résultat indirect, insusceptible d'établir une relation de cause à effet.

Il n'en est pas moins vrai que la présence du privilège concurremment avec la revendication se justifie facilement. Notre ancienne jurisprudence avait, comme nous, admis cette concomitance et reconnaissait leurs rôles propres (1).

35. Quoi qu'il en soit de leur utilité respective, nous devons conclure de l'indépendance réciproque de la revendication et du privilège, que ce dernier ne puise pas sa source dans le premier (2). Notre institution a conservé cette fois-ci encore la raison d'être pour laquelle le droit romain l'avait conçue. Ce n'est pas dans les cas de vente de meubles, pas plus que dans ceux de gage

(1) Pothier, vente, n° 318-324.

(2) Parmi les privilèges romains, il en est un dont on pourrait dire qu'il trouve son origine dans le droit de propriété ; c'est le privilège du déposant sur les fonds confiés à un banquier. Comme il s'agissait d'une somme d'argent, la restitution affectait assez l'allure d'un paiement, et d'un paiement à l'encontre des autres créanciers du banquier. Mais au fond des choses, n'était-ce pas plutôt l'exercice de son droit de propriété qui faisait reprendre au déposant des valeurs auxquelles le banquier n'avait pu toucher puisqu'il ne servait pas d'intérêt ?

tacite, un droit de préférence quelconque provenant de sources variées.

La qualité de la créance en est toujours la cause initiale et si sous l'influence d'une doctrine qui cherchait à unifier les principes admis, on fit du gage exprès un principe générateur de privilège, il ne faut pas oublier qu'il constitue l'exception unique (quelle règle n'a pas d'exception !), qu'on peut facilement expliquer par le développement que nous avons exposé.

Ne pouvons-nous pas alors conclure que le privilège actuel, comme le privilège à Rome tire sa raison d'être de la qualité favorable de la créance, et admettre, à une exception près, l'exactitude complète de l'art. 2095 ?

SECTION III

Les sources du privilège.

36. Il est à peine besoin de revenir au droit romain pour rechercher quelles y furent les sources de notre institution. Nous avons vu le prêteur d'abord, puis les sénatus-consultes, enfin la coutume, ratifiée probablement par l'autorité supérieure du magistrat, ayant eu à cet égard un pouvoir créateur. Une seule remarque doit être ajoutée, c'est que toujours ce fut une volonté au-dessus des volontés individuelles qui donnait naissance au privilège. Ce

droit de préférence qui pour le créancier était fertile en conséquences, ne pouvait pas résulter de son autorité propre, il ne lui appartenait pas de déclarer sa créance favorable par sa cause et de l'armer d'un privilège. Ainsi, tandis que le droit d'hypothèque, le droit de gage aussi entraînaient des avantages considérables pour le créancier, et pouvaient résulter d'un concours de deux volontés, il fallait pour faire d'une créance simple une créance privilégiée, une autorité légale. Le privilège était une *privata lex*, c'est-à-dire une *loi* faite dans un intérêt privé.

37. Notre ancien droit connut des principes analogues, et les parlements qui devaient jouer un rôle un peu voisin de celui du prêteur romain, complétèrent, en ratifiant des usages unanimement admis, les ordonnances royales. Celles-ci eurent un rôle des plus modestes en notre matière. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les arrêts nombreux qui fixèrent les privilèges, que reçurent ensuite sans débat les jurisconsultes et les coutumes dans leurs textes. Ainsi comme en droit romain [le rôle de la volonté individuelle eut été réduit à rien, s'il n'y avait eu dans notre ancien droit la création du privilège résultant du gage. Sans doute ce fut la coutume qui imagina le privilège du bailleur, et des autres créanciers munis d'un gage tacite, sans doute ce fut elle aussi qui attacha au gage exprès ce qu'on avait fini par considérer comme une conséquence du gage tacite ; mais il n'en est pas moins vrai que dans ses applications multiples et pratiques, le gage et à sa suite le privilège du créancier nanti résulte

d'un acte de volonté individuelle, ou plus exactement d'un concours de volontés. C'est la seule exception aux principes traditionnels. Nos anciens auteurs se faisaient du privilège une idée très stricte ; c'était chez eux un droit dont la coutume fixait le nombre, et pour chacun le champ d'application ...« les privilèges doivent estre restreints dans leurs cas sans les estendre » écrit un auteur (1).

38. C'est avec le même aspect qu'apparaît notre institution sous l'empire du Code civil. Le principe traditionnel a subsisté : la loi est la seule puissance créatrice ; mais cette notion particulière du privilège qui devait être rigide, reçoit une exception considérable dans le deuxième § de l'art. 2102. Ici « c'est la convention des parties et non plus la loi qui donne naissance au privilège du créancier gagiste et ce privilège peut être constitué au profit de n'importe quelle créance et quelle qu'en soit la cause » (2). C'est là un privilège conventionnel, et cette expression qui traduit littéralement ce phénomène juridique, indique aussi combien est importante l'anomalie en question. Faut-il cependant voir dans cette création un peu étrange, une innovation sinon du législateur, du moins de notre ancien droit ? il semble qu'il y ait eu en droit romain un antécédent qu'on pourrait retrouver dans la classe des hypothèques privilégiées. Fréquemment, nous le savons, le créancier dont la créance était accompagnée d'un privi-

(1) Bouguier, *lettre D*, n° 13.

(2) Guillouard, t. I, p. 179.

lège, n'avait d'autre élément de garantie que cette faveur légale ; il n'avait alors de droit de préférence que sur les créanciers chirographaires. Voulait-il aussi primer les créanciers hypothécaires il lui suffisait de stipuler une hypothèque soit sur un meuble, soit sur un immeuble de son débiteur ; et grâce ainsi à une manifestation de volonté, par la convention, il acquérait un droit de préférence que les créanciers hypothécaires eux-mêmes devaient respecter. Nous ne nous dissimulons pas toute la différence qui sépare les deux hypothèses envisagées ; tandis que dans notre droit, gage et privilège se confondent complètement, après avoir été le résultat d'une convention, l'hypothèque et le privilège romains conservaient chacun leur individualité. Cependant la convention dans les deux cas va créer un état de droit qui assurera au créancier une préférence indiscutable, sur un groupe d'autres créanciers à l'égard desquels la loi seule ne lui eut point conféré un semblable avantage. Les résultats sont sinon identiques, du moins favorables à un tel rapprochement.

Quoi qu'il en soit, dans les cas où la loi accorde un droit de préférence à la cause de la créance, elle a voulu que ces créanciers déterminés reçoivent satisfaction avant tous autres ; la nature particulière du rapport juridique qui existe entre le créancier et son débiteur et produit cet effet (1), déroge ainsi à la règle que tous les biens d'un débiteur sont la commune garantie de ses créanciers qui y

(1) Bianchi, p. 112.

ont un droit égal. Etant une dérogation au droit commun, elle exige une interprétation restrictive; on ne peut donc en étendre ni les termes ni la portée. Malgré toute l'analogie qu'on pourrait trouver entre deux cas déterminés, l'un auquel la loi reconnaît un privilège, l'autre pour lequel elle ne l'a pas fait, il n'appartient ni aux particuliers ni aux juges d'étendre au second la faveur admise pour le premier (1). Ainsi les conventions particulières seront impuissantes à créer un privilège que la loi ne reconnaît pas, ou à faire renaître un privilège disparu. L'atteinte que porte au crédit public l'existence de notre institution, est telle, que l'arbitraire des volontés individuelles ou des décisions judiciaires seraient susceptibles d'être un danger très grave. Et pourtant la jurisprudence d'abord, et d'autre part certaines tentatives doctrinales ont essayé de faire fléchir ces idées et de déformer sous un certain aspect notre notion du privilège.

39. L'autorité judiciaire sous le voile d'une interprétation de texte consacra un privilège qu'à notre avis le législateur n'avait jamais eu en vue. La jurisprudence reconnaissait, en effet, jusqu'en 1895 un véritable privilège au profit de l'enregistrement pour droits de mutation *mortis causa*. Le texte dont les tribunaux s'inspirèrent fut le 3^e alinéa de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII d'après lequel « la nation aura action sur les revenus des biens à déclarer en quelques mains qu'ils se trouvent pour le paiement

(1) Cass., 4 août 52. D. 52-1-297.

des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement ». De la lecture de ce texte on ne saurait déduire autre chose que la faculté pour l'administration de l'Enregistrement de poursuivre sur le revenu, et non sur le capital des biens à déclarer, les droits de succession. Peut-être cette action, en raison des mots « en quelques mains qu'ils se trouvent », aurait-on pu la considérer comme possible à l'encontre de tous les détenteurs des biens, par exemple des tiers acquéreurs ; mais cette interprétation devait être condamnée par un avis du conseil d'État du 4 septembre 1810, approuvée le 21, et ayant acquis par cette approbation force de loi (Constitution de l'an VIII). Le conseil d'état décida que l'art. 32 ne permettait pas d'agir vis à-vis des tiers acquéreurs, mais seulement contre ceux qui tenaient leurs droits du défunt : héritiers, légataires, donataires de biens à venir. Cette interprétation admise n'empêchait point que l'action consacrée par l'art. 32 de la loi de frimaire an VII ne fut une action réelle. La jurisprudence conclut de cette réalité à l'existence d'un droit de préférence, c'est-à-dire d'un privilège qui frappait les revenus des biens transmis *mortis causa* (1).

A un point de vue purement théorique on pourrait peut-être discuter l'exactitude du fondement du privilège ainsi établi ; mais cette controverse serait sans intérêt depuis que la loi du budget du 16 avril 1893 a affirmé formellement

(1) Paris, 25 mai 1835. S. 35-2-372. — Civ. cass., 3 déc. 1839. S. 40-1-28. — Civ. Cass., 23 juin 1857. S. 57-1-401. — Civ. cass. 2 déc., 1862. D. 62-1-503...

dans son article 7 l'existence du privilège en question. « Le *privilège* accordé au trésor public par l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII, pour le recouvrement des droits de mutation par décès... » et après elle l'art. 19 de la loi du 25 février 1901 donnant aux héritiers et légataires la faculté de payer les droits de mutation dans un délai de deux ans au plus, déclare dans la 5^e alinéa. « Cette disposition ne porte pas atteinte à l'exercice du *privilège* que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII accorde au Trésor sur les revenus des biens à déclarer. »

La Jurisprudence aboutit encore à un résultat à peu près équivalent par l'interprétation qu'elle donne à l'art. 1798 du Code civil qui s'exprime ainsi « les... ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée ». Ce texte parfaitement clair en soi ne semblait pas susceptible de recevoir d'autre interprétation que l'application pure et simple de l'art. 1166. Comme le dit fort bien, M. Planiol (1) « il a été écrit pour limiter les obligations du maître et l'action des ouvriers contre lui ; c'est un texte restrictif qui ne confère aux ouvriers aucun avantage exceptionnel ».

Rien dans les travaux préparatoires ne permettait de

(1) Voir II, p. 631.

supposer que le législateur ait cherché dans ce texte à donner aux ouvriers dont il est question, un privilège ; il ne fut l'objet d'aucune discussion qui puisse fonder cette interprétation.

Malgré cela la jurisprudence a voulu y trouver une action directe au profit des ouvriers contre le maître de l'ouvrage. Alors même que les conditions d'exercice de l'art. 1166, c'est-à-dire la négligence du créancier, ne seraient pas remplies ; les ouvriers pourraient se faire payer directement leurs salaires par le propriétaire, de préférence à la masse des créanciers de la faillite. C'est un privilège sous une forme détournée. Bien que la loi l'ignorât, la jurisprudence, par imitation peut être du décret du 26 pluviôse an VI (1), en l'admettant, faisait un nouvel échec au principe d'interprétation restrictive, que nous indiquions comme obligatoire dans la matière des privilèges.

40. Ces décisions ne devaient pas être les seules tentatives faites contre lui, et la doctrine elle-même par la création d'un certain nombre de droits de préférence, privilèges ou équivalents, essaya vainement d'ailleurs, dans le silence des textes, de compléter l'œuvre législative. Le premier essai fut présenté en 1876 par un éminent auteur M. Labbé (2) qui constatait que dans de nombreux cas « de pressantes considérations d'équité » rendaient indispensable la création d'un privilège. Cette création n'eut

(1) Qui attribue privilège aux ouvriers des travaux publics, dans les mêmes conditions.

(2) *Revue critique*, 1876, p. 571 et 665.

été d'ailleurs qu'une extension de principes déjà admis et éparés çà et là dans les textes ; c'est l'art. 1733 qui donne au bailleur primitif une action contre le sous-locataire. C'est encore l'art. 1798 que nous indiquons plus haut

Dans l'art. 1753, le but poursuivi par le législateur, est très manifeste, le bailleur pouvait agir en vertu de l'art. 1166 contre le sous-locataire, seulement le résultat de son action tombait sous le gage commun de tous les créanciers du locataire principal. Et il était ainsi forcé de subir leur concours. « Le législateur a donc voulu, prétend M. Labbé, que la créance résultant de la sous-location soit affectée par privilège à la sûreté du bailleur principal » on évitait ainsi à ce dernier le concours qu'il pouvait craindre normalement. « Et ceci est logique, ajoute M. Labbé, car le bailleur peut dire aux créanciers du sous-locataire : c'est grâce à moi, c'est au moyen d'une chose que j'ai fournie à votre débiteur que celui-ci a pu devenir créancier du loyer de la sous-location ; vous vous enrichiriez injustement à mon préjudice si cette créance servait à votre satisfaction exclusive, et au marc le franc, avant que je fusse payé du loyer par moi stipulé. C'est à mes dépens... qu'une plus value, consistant en cette créance du sous-loyer, est entrée dans la fortune de notre débiteur commun, la justice veut que je sois d'abord satisfait (1) ».

Même raisonnement possible de la part des ouvriers, dont parle l'art. 1798. D'ailleurs cette idée n'est-elle pas abso-

(1) P. 5.

lument la même que celle qui inspira le décret du 26 pluviôse an II. La jurisprudence pourtant admet dans le second cas un privilège, tandis que dans le premier elle n'admet qu'une action directe (1). « Qu'importent les noms si le résultat est identique » s'écrie M. Labbé. Ainsi dans toutes ces hypothèses une série de recours peut être évitée par une action directe et cette action directe n'est précisément qu'une action privilégiée, un exemple ; l'éminent auteur nous le fournit (2) » une maison a été loué à Primus, le droit de bail a été cédé successivement par Primus à Secundus, par Secundus à Tertius, par Tertius à Quartus qui occupe actuellement les lieux. Primus est resté garant du loyer envers le propriétaire. Secundus envers Primus, Tertius envers Secundus, etc. » Le propriétaire peut saisir Quartus, mais peut-il agir de prime abord contre Tertius ? Non, répond la Cour de Paris 25 février 76 (S 76-2-329) ; oui répond M. Labbé, car il peut les mettre tous en cause ; en agissant contre Primus, il suscite un recours contre Secundus, etc. « Les recours se repercutent ; ils naissent comme des contre coups successifs à la suite du premier choc ; tous doivent servir à la satisfaction du premier bailleur » — Autre exemple dans les cas prévus par les articles 1733 et 1734 — Ainsi en somme, devraient être privilégiées toutes les créances « où le privilège est motivé parce que celui qui l'obtient a fourni à ses dépens et volontairement

(1) Paris 9 août 1859, J. P. 60, p. 675.

(2) P. 22.

les éléments du contrat d'où est sortie la créance affectée du privilège (1) » ; c'est, par exemple, le cas des ventes successives, des ventes commerciales par filière, et aussi toutes celles qui engendrent un recours, sur ce recours ; « un recours qui naît d'une action doit nous profiter exclusivement... pourquoi la masse des créanciers bénéficierait-elle d'une créance qui est née au profit du débiteur commun uniquement parce qu'il est obligé envers moi et que je l'ai poursuivi ? il n'a de recours que parce que je l'actionne » c'est le cas de ventes successives — de l'attribution aux créanciers hypothécaires de l'indemnité due par l'assurance de l'immeuble incendié, etc.

41. Ce système, malgré la réputation qui s'attache au nom de son auteur, et malgré aussi son ingéniosité, n'entraîna dans la doctrine que quelques autorités. Quant aux tribunaux, ils semblent n'avoir attaché à aucune de leur solution des dispositifs qui en fassent l'application. Et nous pensons qu'ils n'eurent point tort. On croit pouvoir démontrer toute la valeur juridique de la théorie de M. Labbé en même temps que sa parfaite équité, en disant que lorsque la condition d'existence du droit que le débiteur va acquérir contre un tiers est l'action que le créancier va exercer contre lui, c'est comme si ce dernier mettait lui-même et à ses dépens cette valeur dans le patrimoine du débiteur, qu'il devrait par suite être privilégié à l'égal d'un vendeur (2). Cela est parfaitement vrai ; seulement,

(1) P. 27.

(2) Planiol, II, p. 813.

quel est donc le créancier impayé qui n'a pas mis dans le patrimoine de son débiteur une valeur sans dédommagement (exception faite bien entendu du cas de prêt à usure) ? il n'y en a guère, un créancier est généralement une personne qui a enrichi son débiteur de façon quelconque et n'a point retiré l'équivalent qu'il en attendait. Avec les principes de M. Labbé, il faudrait reconnaître à toute créance une cause favorable, analogue à celle d'une vente et sous cette influence accorder aux uns et aux autres un privilège. Il nous paraît alors difficile de trouver des créances qui ne soient pas susceptibles d'entraîner un privilège. Leur nombre en tous cas, serait des plus restreints.

Il nous semble, en somme, indispensable de confier au législateur le soin de discerner d'après les nécessités économiques et les exigences sociales, qu'elles doivent être les créances privilégiées. Admettre dans une certaine mesure les principes posés par la théorie que nous combattons serait certainement faire œuvre de bonne législation ; le nombre des privilèges est déjà si grand que certainement les cas présentés par cet auteur pourraient aisément atteindre et même dépasser le degré de nécessité qui en fit admettre quelques-uns.

42. On ne saurait manquer de rapprocher du système que nous combattons, la solution donnée par la loi du 19 février 1889. Celle-ci dans les hypothèses principales qu'elle prévoit : l'assurance du recours des voisins, l'assurance du risque locatif met en œuvre cette théorie d'équité. Seulement cette application législative apparaît moins

comme une création, que comme une extension d'un principe ancien. On assimile l'indemnité d'assurance au prix de vente de l'immeuble, et ainsi on ne crée pas de privilège sur une créance, mais seulement sur la valeur de l'immeuble.

En raison des art. 1733 et 1734, du Code civil, les locataires, étant tenus de l'incendie, qui de leur appartement a pu ou non gagné l'immeuble entier, encourent de ce chef, un risque d'une nature spéciale, le risque locatif. Les compagnies d'assurance contre ce risque versent au cas de sinistre la somme représentative du dommage, et il semble que le locataire s'étant seul assuré, étant seul intervenu au contrat, ait seul aussi le droit de toucher l'indemnité. C'est, en effet, la solution que jusqu'en 1889 on devait donner en l'état des textes. Cependant le propriétaire de l'immeuble, qui était le véritable sinistré, se trouvait être la cause principale du recours du locataire contre l'assurance. Mais celle-ci qui n'avait nullement contracté avec le propriétaire, ne pouvait se permettre de lui attribuer l'indemnité représentative du dommage que lui seul souffrait. Cette indemnité tombait par suite dans le patrimoine du locataire et devenait le gage commun des créanciers. La jurisprudence était depuis longtemps fixée en ce sens (1). Résultat : le sinistre pouvait ruiner le propriétaire ; il enrichissait les autres créanciers du locataire ; il est vrai que les primes versées par lui avaient diminué leur gage.

1) Cass., 31 déc. 1862, S. 63-1-531. Paris, 26 août 68, S 69-2-110.

Ce système devait tomber complètement en face de l'art. 3 de la loi de 1889 ; cet article décide, en effet, que l'assuré ne peut exiger l'indemnité et la toucher des mains de la Compagnie qu'après avoir désintéressé le propriétaire. Celui-ci n'a pas d'action directe contre la Compagnie, il n'a pas davantage de privilège direct sur la somme, mais il a quelque chose d'équivalent ; il est certain d'être complètement désintéressé avant tous autres créanciers de son locataire, ceux-ci ayant intérêt à liquider d'abord cette dette, dont ils toucheront aussitôt après l'équivalent. C'est donc au profit du propriétaire, une institution très voisine d'un privilège où l'on a proposé de voir un droit de rétention exercé par l'assurance dépositaire sous condition résolutoire des fonds du propriétaire en vertu de la loi (1). Dans l'esprit des rédacteurs, ce fut plutôt un privilège que cette loi créait ; voici à cet égard la déclaration du rapporteur à la Chambre (2) : « Ces indemnités seront considérées comme la représentation de l'objet sinistré au même titre que le prix de vente de cet objet. La somme due par le locataire ou le voisin (art. 3, al. 1) sera considérée comme la représentation de l'immeuble et distribuée suivant les mêmes règles que l'aurait été le prix de vente. Il est possible que cette disposition soit contraire aux principes absolus du droit, car elle fait survivre le droit réel du privilège ou de l'hypothèque à l'existence de l'objet sur

(1) Paunier, *Attribution des indemnités d'assurances*, p. 50.

(2) *J. Officiel*, 1889, p. 548.

lequel ce droit réel a été constitué. Mais il est certain qu'elle est conforme à l'équité. »

Dans la mesure où la loi de 1889 reconnaît formellement la thèse de M. Labbé, nous admettons évidemment cette application de notre institution. Mais en dehors de cette hypothèse et en raison de l'interprétation restrictive qu'exige la notion du privilège, nous repoussons les systèmes qu'on serait tenté d'édifier pour combler les lacunes de notre Code. Comme on le fait très justement remarquer, « cette théorie peut satisfaire la raison. Nous n'hésitons pas néanmoins à la repousser parce qu'elle crée des privilèges sur les créances en dehors des textes (1) ».

SECTION IV

La nature du privilège.

43. Cette institution qui nous apparaît avec l'aspect d'un moyen destiné pour le créancier à faire acquitter sa créance, est à n'en pas douter une garantie du paiement, mais peut-on, avec la même certitude, la considérer comme une garantie de la créance? La garantie au sens vrai du mot, n'est pas seulement un rapport qui frappe directement la valeur représentative des biens ou d'un

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 308.

bien déterminé du patrimoine ; au sens juridique, elle affecte d'abord la chose, puis par son intermédiaire, sa valeur. Comme le dit très justement M. Chironi (1), la garantie réelle exige le concept, l'apparence d'une « charge » sur la chose ou sur les choses sur lesquelles on a spécialisé la garantie. Et dans les changements de propriété qui peuvent survenir, la garantie réelle se caractérise par une stabilité complète.

Mais tel ne nous apparaît pas à première vue le privilège ; c'est un droit de préférence que la loi établit au profit d'un créancier sur les autres dans leur concours sur une valeur du patrimoine. Ce droit de préférence (qui porte le plus souvent sur des meubles), disparaît généralement par une aliénation, de même qu'il s'épuise par son exercice. Il ne donne d'ailleurs au créancier qui le possède, aucune faveur spéciale d'exécution ; celui-ci en vertu de sa créance jouit d'un droit de gage général qui autorise la saisie, et que le privilège ne modifie pas. Faut-il en conclure que le privilège n'est pas un « droit réel », ni même une « garantie réelle » ? Certainement non ; d'autant qu'il faut très soigneusement remarquer l'indépendance absolument complète de ces deux natures juridiques.

Certains auteurs (2) ont voulu précisément déterminer la nature spéciale du privilège par son annexion ou non au gage ou à l'hypothèque, types absolument certains de

(1) T. I, p. 136, n° 70.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 413.

garantie réelle. Le privilège serait un droit réel lorsqu'il se trouverait joint à l'une ou l'autre de ces garanties, et un droit simplement personnel dans le cas contraire.

Cette solution est loin d'être heureuse; elle fait intervenir en effet dans cette étude de la notion du privilège, un élément étranger qui ne peut que nuire au résultat. On doit examiner en soi le caractère du privilège, abstraction faite des droits qui peuvent l'accompagner, dégagé de ses rapports et de toute influence.

D'ailleurs ce n'est pas résoudre la question ou du moins c'est la résoudre en sens contraire de ce qu'on veut établir; dire que c'est un droit réel lorsqu'on le joint, à un rapport de garantie réelle et qu'on l'y fait pénétrer, c'est dire que la réalité dépend de la présence de cet élément et non pas du privilège, lequel dans ce cas et malgré cette union demeure un rapport personnel (1). Et cette critique n'est-elle point corroborée par l'opinion même que nous combattons, laquelle reconnaît au privilège la qualité d'un droit personnel lorsqu'il ne se trouve joint à aucun élément de garantie réelle, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve seul.

En soi le privilège apparaît donc à ces auteurs comme un droit personnel; seulement cela est insuffisant, encore faudrait-il démontrer que la présence d'un élément réel est susceptible de modifier la nature du privilège; et cette preuve on ne la rapporte pas.

(1) Chironi, t. I, p. 140.

44. D'ailleurs il importe avant de déterminer quel est dans notre droit le concept du privilège de rechercher dans les antécédents historiques, le caractère juridique et la nature intime sous laquelle il apparut aux jurisconsultes des temps passés. Nous constaterons que le droit romain n'a plus maintenant qu'un intérêt rétrospectivement doctrinal ; il se produisit, en effet, au Moyen Age un mouvement progressivement accentué d'évolution ; il aboutissait à transformer du tout au tout le concept juridique primitif et notre Code se conforma à cette manière nouvelle ne le concevoir. Néanmoins et malgré la disparition complète de ces principes antiques, ils ne sauraient être passés sous silence. Leur examen permettra de se rendre compte des altérations qui peuvent atteindre une théorie, et la déformer au point que le privilège d'abord simple droit personnel, ou du moins ayant cette apparence, devait dans notre Code, prendre le caractère et la nature d'un droit réel.

§ 1. — *Droit romain.*

Le privilège nous paraît à Rome un droit d'une nature spéciale qui n'est ni personnel, ni réel, un droit accessoire d'une créance sans autre caractère mieux défini. Le droit du créancier auquel il est annexé peut être personnel ou réel, mais ce droit élément principal de l'obligation, ne modifie en rien la nature juridique de notre institution,

qui reste vague et dont le résultat pratique seul n'est pas ambigu.

Lorsque le privilège se trouve joint à un droit personnel à une créance chirographaire, celle-ci conserve intacte sa nature intrinsèque ; si, au contraire, c'est une créance hypothécaire qu'accompagne le privilège (ce qui eut lieu fréquemment dans le dernier état du droit romain), la créance hypothécaire garde son caractère sans subir de modification au contact du droit de préférence nouveau qu'on y incorporait.

46. Le privilège est donc à Rome un droit accessoire sans caractère théorique propre, mais doué d'une portée pratique considérable, puisqu'il met la créance dont il est l'accompagnement avant les autres de même espèce. Il fait d'un créancier chirographaire, le premier des créanciers chirographaires, et d'un créancier hypothécaire le premier des créanciers hypothécaires. Mais pourrait-on dire l'hypothèque possède aussi ce caractère de droit accessoire ; doit-on pour cela la considérer comme un droit aussi incertain que le privilège ? certes non. Le privilège ne produit d'effet qu'entre les créanciers et lors de la réalisation des biens du débiteur ; il ne porte que sur leur valeur ; l'hypothèque, à ce résultat, en ajoute d'autres à l'égard du débiteur ou plutôt d'un bien déterminer de son patrimoine. Elle transforme la nature interne de l'action, de la créance, qui de personnelle qu'elle était originellement, s'arme du caractère de la réalité ; droit de préférence et aussi droit de suite, telles en sont ses consé-

quences. Le privilège, au contraire, ne modifie en rien la nature du droit auquel il s'adjoint ; c'est un produit neutre théoriquement parlant, qui n'altère pas les données initiales. C'est un adjuvant incolore. Lorsque la *bonorum venditio* interviendra, s'il se trouve dans la masse passive des créances douées du droit de préférence que nous étudions, elles prendront le pas sur les créances de même nature ; elles auront un tour de faveur. Cette concession leur sera faite pour des raisons d'équité, de religion, etc., peu importe. C'est la loi qui pour ces motifs variés leur évitera la loi du concours, mais sans aller au delà.

L'hypothèque eut à Rome un effet semblable d'éviter au créancier qui en était muni le concours avec ses co-créanciers ; mais ce droit de préférence était surtout la conséquence d'un concours de volontés entre le créancier et le débiteur affectant spécialement un bien à la garantie du paiement ; et cette affectation donne au créancier la préférence, parce que, quand il s'est fait attribuer un bien en garantie, il a plus spécialement compté sur la valeur du bien pour l'indemniser. Le droit de préférence est donc ainsi une conséquence de l'hypothèque, qu'impose la nature réelle du droit. Le créancier dans cette concession a poursuivi un résultat, celui d'être plus favorisé que les autres, et la plus grande faveur qu'il puisse rechercher c'est d'être payé le premier. Le droit de préférence n'est ici que l'effet d'une sûreté réelle.

Le privilège, au contraire, n'est pas une conséquence,

c'est un droit principal ; le droit de préférence en est inséparable ; au fond il y a là deux façons d'exprimer la même idée, tandis qu'on pourrait à la rigueur concevoir le droit d'hypothèque sans l'un de ces effets. La séparation n'amènerait pas la destruction.

47. Ainsi le privilège c'est un droit de prélèvement. On pensa sans doute que dans les rapports qui pouvaient exister, en général, entre l'obligation et le patrimoine, il pouvait et devait même s'en trouver quelques-uns, dans lesquels la relation se trouvait plus directe par la cause même de l'obligation. Tel, est en général, le fondement du privilège la relation de causalité qui existe étroite entre la créance privilégiée et une augmentation de valeur du patrimoine (1).

De ce chef on jugea utile que le créancier qui n'avait pas de garantie réelle eut néanmoins le droit d'opérer le prélèvement de sa créance sur la valeur du patrimoine augmenté.

Il est vrai qu'avec le développement que les juriconsultes romains lui donnèrent l'institution du privilège ne fut plus seulement la conséquence d'une augmentation de valeur (ou au moins d'un non-décroissement obligatoire produit par la créance des frais funéraires) mais plus généralement de la qualité de la créance ou du créancier. Ainsi successivement domina dans l'obligation : l'élément patrimonial, puis l'élément personnel (considération de la

(1) Chironi, n° 72.

personne du créancier) enfin l'élément causal (considération de la cause de la créance). Ces divers éléments constitutifs de l'obligation considérés avec une intensité différente suivant les cas, ne devaient pas, malgré ces variations, modifier le rapport de créance primitif ; seulement ils devaient opérer entre les créances de même nature une différenciation. Celle-ci reçut son expression dans le privilège.

48. Il modifiait si peu la nature de la créance qu'il accompagnait qu'on jugea parfois insuffisant le résultat atteint. On sait en effet que le privilège ne donnait pas aux créances chirographaires le pas sur les créanciers hypothécaires, et l'on considéra cette situation dans certains cas comme insuffisante ; on fit une nouvelle concession à cette créance, et l'hypothèque fut cette faveur nouvelle.

On consentait ainsi au créancier l'élément de garantie que contenait cette charge réelle. L'utilité devenait alors considérable pour le créancier ; le bien ou les biens grevés étaient-ils aliénés par le débiteur, il pouvait par son droit de suite les faire réintégrer le patrimoine originaire. Sans cette faveur il n'aurait pu obtenir ce résultat que par l'action paulienne ; encore y avait-il une difficulté de preuve tenant au caractère frauduleux de l'aliénation. Autre avantage encore : sur les créanciers hypothécaires puisqu'il était privilégié, il jouissait d'un rang de faveur et échappait à l'application de la règle *prior tempore potior jure*. Il possédait donc par la combinaison de ces deux dispositions légales, le maximum de garantie possible.

D'ailleurs de cette façon le créancier qui avait la préférence non plus seulement vis-à-vis des créanciers personnels, mais encore à l'égard des créanciers hypothécaires, ne primait pas indifféremment tous ces derniers. Il n'avait la préférence que sur ceux qui possédaient comme lui un droit réel sur le bien hypothéqué à sa créance. Ainsi le privilège lors de la *venditio bonorum* ne lui donnait par la prééminence sur les créanciers hypothécaires ; ce n'était que lors de la vente d'un bien spécialement hypothéqué à sa dette que le privilège s'exerçait utilement à l'encontre des créanciers hypothécaires même antérieurs en date. Certes, ce n'est point un privilège spécial tel que le comprenait notre ancienne jurisprudence. Il n'y avait de spécialisé que l'hypothèque, c'est-à-dire le droit réel, et il est probable bien que les textes ne fournissent à cet égard aucun éclaircissement, que si la créance n'avait pas été totalement éteinte par la vente du bien hypothéqué, le privilège conservant son caractère de généralité autorisait sur l'ensemble du patrimoine vendu la prééminence habituelle. Néanmoins il apparaît ici que le droit de privilège considéré généralement comme un droit sur le patrimoine entier, affectait plutôt ici une allure de spécialisation très marquée. Il s'exerçait d'abord et principalement sur la valeur d'un bien déterminé et fréquemment se trouvait acquittée la créance, par le moyen du droit complexe résultant de la juxtaposition de l'hypothèque et du privilège. Ne pouvait-il pas en conséquence venir à l'esprit des jurisconsultes romains, comme à nous-mêmes,

combien était inutile et nuisible au crédit public, cette extension à tout le patrimoine d'un droit qu'une fraction de celui-ci est suffisante à acquitter. Malgré cela le droit ancien ne connut théoriquement parlant que des privilèges généraux, seulement dans le domaine de la pratique on ne peut nier que le privilège associé à l'hypothèque ne soit l'équivalent d'un droit réel de privilège. L'assimilation nous semble d'autant plus facile à faire que l'usage s'était peu à peu introduit, que le créancier privilégié stipulat à son profit un droit réel, ce qu'il pouvait faire comme tout autres (1), et insensiblement suivant l'expression d'un auteur (2) ou en vint à sous-entendre la stipulation de gage et à reconnaître à son profit une hypothèque tacite (3).

49. Un exemple tout à fait convaincant nous est fourni à cet égard par le langage des jurisconsultes. A l'occasion de la constitution de l'empereur Marc-Aurèle qui avait, on le sait, établi un *privilegium exigendi* au profit du bailleur des fonds nécessités par la construction d'une maison, on voit le jurisconsulte Ulpien, qui mentionne ce droit de préférence, le qualifier de privilège. Mais avant lui, Papien (4) n'avait-il pas employé dans le même but le mot *pignus* ? et ce mot sous la plume d'un tel auteur est caractéristique. Comme il est probable que le bailleur de fonds privilégié avait coutume de contracter une hypothèque sur

(1) L. VII et IX, Cod. *qui pot.* VIII, 18.

(2) Marton, II, 288.

(3) L. V et VI D. *qui pot.*, XX, 4. L.¹ D. *in quib.*, XX, 2.

(4) L.¹ D. *in quib.*, XX, 2.

la maison rebâtie, n'était-il pas tout simple de considérer le *privilegium exigendi* de Marc-Aurèle comme une hypothèque et de lui donner cette dénomination dont le sens n'est pas douteux. Ainsi par l'habitude fréquente qu'on eut d'adjoindre au droit légal de privilège, le droit conventionnel d'hypothèque on finissait par se faire du premier une idée différente, en même temps qu'on en diminuait l'étendue.

Ce n'est pas là le seul exemple qu'on puisse fournir ; en ce qui touche le fisc les deux expressions : *privilegium* et *pignus* sont également employées indifféremment dans le *Digeste*. Ce sont des confusions que les jurisconsultes romains faisaient, entraînés qu'ils étaient par les apparences et la pratique courante. Aussi n'est-il pas étonnant de lire chez un de nos auteurs les mêmes idées. « Les Romains admettaient deux sortes de privilèges, écrivait Denisart (1) ; le privilège réel avait lieu contre toutes sortes de créances même hypothécaires ; la cause de certaines créances étant extrêmement privilégiée, la loi leur donnait l'hypothèque légale et le privilège réel. Le privilège personnel avait lieu contre certaines créances, moins favorables que les premières, mais qui méritaient pourtant plus d'attention que les dettes ordinaires. » En s'exprimant ainsi Denisart méconnaissait en même temps que la théorie juridique du privilège de Rome, l'inutilité de cette transformation dans la nature de l'institution. A quoi eut-

(1) V^o *Privilèges*, nos 2 et 5.

elle servi ? Puisque le créancier se trouvait par l'hypothèque armé d'un droit réel qui lui permettait de venir avec les autres créanciers hypothécaires ? La présence d'un privilège réel était absolument inutile. D'ailleurs cette modification de la nature du privilège, résultant de son adjonction à l'hypothèque, est parfaitement contraire au système de l'indépendance réciproque de ces deux droits. Ainsi la définition de cet auteur se trouve erronée ; il est vrai qu'il n'est pas sans excuse en présence des textes romains que nous indiquons. De même que ceux-ci appelaient *pignus* le *privilegium* auquel on avait coutume d'adjoindre le droit réel d'hypothèque, de même il appelait privilège réel, le privilège accompagné d'une action réelle, comme il appelait privilège personnel le privilège annexé à une action personnelle. Ces qualificatifs en même temps qu'ils sont le témoignage d'une confusion de la notion de deux droits distincts, sont la preuve par leur co-existence de l'inexactitude de l'un et de l'autre.

50. Pourtant il devait y avoir à Rome même une exception au principe de cantonnement respectif des créances : les créances hypothécaires formant un groupe qui précédait celui des créances chirographaires et dans chacun d'eux « les créanciers pouvant avoir des dettes pures et simples et privilégiées (1) ». Cette exception était apportée par la créance des frais funéraires ; à leur égard les dispositions de la loi romaine sont des plus précises, et dé-

(1) Basnage, n° 61.

cident qu'il faut en déduire le montant, de l'hérédité, avant tout autre dette. Ainsi une simple dette chirographaire par l'adjonction du privilège devient préférable aux dettes même hypothécaires ; et cette solution semble condamner notre théorie sur le caractère imprécis du privilège. Il semble que la créance ainsi favorisée devait avoir acquis un caractère que primitivement elle ne renfermait pas ; il fallait que cette créance fut devenue réelle pour qu'elle put entrer en conflit avec les autres droits réels et les primer. Cette réalité précisément lui aurait été acquise par l'intermédiaire du privilège. Certes, cette objection pourrait nous arrêter, si on avait la possibilité de l'appuyer sur des textes formels. Mais précisément, il n'y en a pas ; et rien ne permet de penser que le privilège des frais funéraires ait eu une autre nature que celui du bailleur de fonds ou du client d'un banquier. Il faut donc penser que cette créance conservait son caractère de personnalité et que la loi en lui donnant un rang de faveur ne modifiait pas les rapports conventionnels de créanciers et débiteurs, mais seulement les rapports légaux des créanciers entre eux, comme dans le cas de tous les privilèges. Seulement les jurisconsultes romains avaient été d'avis dans le cas particulier, comme on le fut plus tard pour tous, « que si une créance est reconnue digne de faveur par la loi, elle doit l'emporter sur toutes les autres créances même hypothécaires (1) », et non pas seulement sur quelques-unes d'entre elles.

(1) Guillouard, t. 1, p. 208.

Sans doute cette idée s'accordait mal avec la prééminence obligatoire des créances hypothécaires ; malgré cela on ne recula pas en l'espèce devant cette atteinte aux principes. Elle était si grave qu'on ne la renouvela pas.

§ 2. — *Ancien droit.*

51. La notion des Romains concernant la nature du privilège ne pouvait pas ne pas pénétrer avec l'institution même dans notre ancienne jurisprudence ; aussi les principes à cet égard furent-ils à peu près pareils au moins à l'origine. On connaissait deux sortes de privilèges qu'on distinguait soigneusement : les privilèges personnels et les privilèges réels. Bien qu'à un premier examen cette distinction ainsi présentée ne semble nullement correspondre à l'institution originaire, on peut aisément se rendre compte de la portée et de la valeur de ces expressions. Nos anciens auteurs comprenaient sous ces termes une première distinction que nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer : les privilèges personnels étaient pour eux les privilèges attachés à la personne, et les privilèges réels ceux qui résultaient de la cause de la créance. Par la suite on fit peu à peu disparaître les privilèges personnels ; mais si on fit disparaître cette distinction en la restreignant à un de ses termes, on la conservait à un autre point de vue : pour différencier les créances privilégiées, non pas eu

égard à leur cause, mais seulement en considération de la garantie que notre institution lui apportait.

52. On entendait, en effet, sous le le nom de privilège personnel, le privilège simplement attaché à une créance chirographaire, tandis que le privilège réel n'était pas autre chose que l'hypothèque privilégiée (1). Nos vieux auteurs qui n'avaient pas la rigueur de langage juridique des Romains plus précis, avaient introduit ces termes pour la commodité du langage, sans se douter à quelle confusion ils pouvaient et devaient même aboutir. Les mots personnels et réels accolés au mot privilège font croire que cette institution pouvait, suivant les circonstances, changer de caractère et absolument comme une obligation peut le faire, subir les influences des droits accessoires. Ainsi ce droit de caractère imprécis prenait parfois, au moins en apparence une valeur très nette; c'était tantôt un droit personnel, tantôt un droit réel, qui s'annexait à la créance pour lui communiquer son caractère.

On pouvait croire alors que la *réalité* du droit tenait à ce fait que la loi en considération de sa cause, lui avait concédé, à titre de faveur un privilège réel et non pas seulement le simple droit de privilège. La nature de l'obligation dépendait donc, d'après ce langage de nos vieux auteurs, de celle du privilège; tandis qu'au fond il n'en est rien. Le privilège à vrai dire, subsista dans notre ancien droit du temps de Loyseau avec sa notion primitive et si

(1) Loyseau, l. III, ch. VIII, nos 20 et 21.

on le qualifiait de réel, c'était simplement pour indiquer qu'il se trouvait joint à une créance réelle, hypothécaire. C'était donc la créance qui communiquait *sinon* sa nature, du moins son nom au privilège. La preuve n'existe-t-elle pas dans Loyseau (1) lui-même, le promoteur de ces expressions, lorsqu'il ajoute, après avoir parlé des différents cas d'hypothèque privilégiée, qu'il qualifie de privilège réel, « bref elle a lieu toutes et quantes fois que le privilège *personnel* se rencontre en une certaine chose spécialement avec l'hypothèque, et à cause du double droit et lien... » Ainsi s'affirme la persistance du privilège personnel dans l'hypothèque privilégiée qualifiée par conséquent à tort de privilège réel. Le privilège malgré qu'il s'adjoignait à un droit réel conservait ainsi sa nature; il n'y avait pas dans l'obligation hypothécaire privilégiée d'autre droit réel que le droit d'hypothèque.

53. Toutefois il existait au fond même de la distinction ainsi faite, une erreur juridique qui s'ajoutant à l'ambiguïté des expressions, devait amener toute une évolution. Le privilège appelé personnel n'était pas seulement le droit de préférence attaché à une créance chirographaire, c'était un droit « ainsi appelé en l'authentique parce qu'il n'affecte pas la chose » (Loyseau, *loc. cit.* n° 20). C'était là tout fait la reproduction de l'institution antique; seulement ce qu'on aurait dû ajouter c'est que le privilège réel avait le même caractère de ne pas affecter la chose, et ainsi les

(1) L. III, ch. VIII, n°s 24 et suiv.

principes romains en notre matière eussent été appliqués strictement. Mais si on ne disait pas que le privilège réel avait sur la chose le caractère d'un *poids*, d'une *charge* ; on ne disait pas non plus qu'il ne l'avait pas. On laissait donc après la définition ainsi donnée du privilège personnel, place à des déductions hypothétiques, mais rationnelles, pour définir le privilège réel. On conçoit par suite, que si Loyseau, en observateur fidèle du droit romain, n'avait pas tiré pour ce dernier la conclusion que faisait pressentir à tort sa définition du privilège personnel, les auteurs qui vinrent après lui, aient poussé jusqu'au bout la théorie ainsi ébauchée, et, puisque le privilège personnel n'affectait pas la chose, déclaré qu'au contraire le privilège réel devait peser sur elle. Loyseau s'était contenté de définir le privilège tel qu'il pensait que les Romains l'avaient compris, et son erreur n'avait été que dans les mots ; car ils ne considéraient pas comme un effet de l'institution, ce qui n'était après tout qu'un effet de la créance. Qu'il soit réel ou personnel, pour lui, le privilège n'affectait pas l'objet sur lequel on l'exerçait. C'est le droit principal qui affecte ou non la chose, objet de l'obligation et c'est à lui qu'il convenait de donner les qualificatifs de personnel ou de réel, et non pas au privilège. En raison de cette étiquette, on devait en présence d'une créance privilégiée se demander si le privilège était personnel ou bien réel, la créance devant, par conséquence, être personnelle ou réelle. Dans le second cas, on attribuait la nature de l'obligation à la « réalité » du privilège, et l'on oubliait que cette réalité

dépendait non pas du privilège, mais bien de la présence de l'hypothèque. Et cette formule, privilège réel qui, dans les premiers temps, n'était qu'une façon commode de désigner l'hypothèque accompagnée du privilège, devait finir par attribuer au privilège la nature de l'hypothèque. On ne comprenait plus sa véritable signification originaire.

54. A l'évolution qui se produisit, dans cette manière de concevoir l'objet de notre étude, il y avait, il est vrai, des raisons qui firent oublier la présence de l'hypothèque.

La première ce fut l'extension assez grande donnée aux hypothèques légales et tacites. A Rome leur nombre fut toujours très limité ; puis peu à peu dans notre ancienne jurisprudence, on attribua cette faveur à des créances qui primitivement ne pouvaient devenir réelles que par une convention expresse d'hypothèque.

Or, quelques-unes de ces conventions venaient compléter au profit d'une créance, la faveur que la loi lui faisait déjà en lui reconnaissant un privilège. Il y avait donc réunis sur une créance une hypothèque tacite et un privilège. Si le nombre de ces créances, ainsi doublement favorisées, était resté très faible par rapport aux créances garanties par une hypothèque conventionnelle, peut-être n'eut-on pas oublié les principes romains et eut-on toujours et malgré les erreurs de langage de Loyseau et des auteurs de son temps, considéré le privilège réel comme une hypothèque accompagnée du privilège simple. Et malgré ce qualificatif, le privilège eut peut-être gardé sa nature imprécise ancienne. Malheureusement il n'en fut rien ; outre qu'on reconnut par fa-

veur à certaines créances un hypothèque tacite, on reconnut ce même droit réel pour tous les contrats passés devant notaires.

Quelques-uns de ceux-ci, par la cause de l'obligation, pouvaient emporter privilège, et ainsi se trouvaient réunis encore le double élément favorable : hypothèque tacite et privilège.

En raison du premier la créance entraînait en conflit avec toutes celles qui étaient garanties par un droit réel, en raison du second elle les primait. C'était surtout lorsqu'elle se trouvait en conflit avec des hypothèques conventionnelles, que la différence était accentuée et comme on ne prêtait guère attention en présence de l'hypothèque expresse à l'hypothèque tacite résultant soit de la loi, soit du contrat notarié, on attribuait au privilège le double résultat. Ainsi se dégagait les germes contenus dans la distinction des vieux auteurs ; la garantie réelle d'hypothèque fut considérée dans ces cas non plus comme une institution séparée du privilège qui pouvait lui être adjoint, mais comme un élément confondu en lui, absorbé, et contribuant à lui donner un aspect juridique nouveau celui d'un privilège vraiment *réel* (1).

Le nombre des contrats notariés était d'ailleurs singulièrement grand et plus considérable que celui des actes sous seings privés à une époque où l'instruction était peu répandue, et ainsi le nombre des privilèges *réels* devait l'em-

(1) Chironi, p. 148, n° 73.

porter sur celui des privilèges *personnels*. On s'accoutumait à considérer le privilège comme affectant la chose et l'« on oubliait le vrai motif de cette affectation pour se persuader que c'était un caractère propre au privilège (1) ».

55. On voit dans cet exposé, toute l'évolution que subit la notion que nous étudions ; n'ayant pas à l'origine d'autre caractère que d'être un droit accessoire, sans effet théorique, doué d'un effet pratique seulement à l'encontre des créanciers d'un même débiteur, le privilège finit par devenir un droit réel modifiant la nature intime de l'obligation, et ne produisant pas d'effet seulement contre les créanciers, mais encore à l'encontre du débiteur ou du moins des choses de son patrimoine. On connut alors les privilèges *sur les meubles* et *sur les immeubles*, tandis qu'en droit romain on ne connaissait qu'un privilège joint ou non à une hypothèque, dont l'objet était un meuble ou un immeuble.

L'hypothèque ne pouvant être dans notre ancien droit constituée que sur les immeubles, on pourrait croire que le privilège réel, ne pouvait porté que sur les biens immobiliers. Pourtant les auteurs déclarent que même dans le cas d'un privilège mobilier celui-ci était réel, car la *réalité* n'est pas impossible sur les meubles (la preuve s'en trouve dans le gage) et c'est cette réalité d'un droit annexé qui communiquait sa *réalité* au privilège. C'était là encore une extension du privilège réel qui tirait sa nature, non pas

(1) Troplong, I, p. 21. et s.

seulement de l'hypothèque, mais d'un élément quelconque de garantie réelle.

Cette argumentation de nos vieux auteurs n'est pas absolument convaincante, car il existe dans le gage, droit réel mobilier, un élément de possession qui n'existe pas dans le privilège. Au fond si l'hypothèque mobilière n'existe pas, c'est non pas parce qu'elle est impossible, mais simplement parce que l'un de ses principaux effets est impossible. Le droit de suite se trouve supprimé, et ainsi disparaît la principale raison du droit d'hypothèque ; seulement du fait que ce droit se trouve paralysé dans l'une de ses conséquences, s'ensuit-il qu'il se trouve anéanti ? nous ne le croyons pas ; il est possible de le concevoir s'exerçant malgré son amoindrissement sur les meubles, et à sa suite on imagine aisément le privilège réel mobilier.

Au fond que son champ d'application fut des meubles ou des immeubles, le privilège de notre ancien droit conservait la même nature ; seulement les conséquences ne devaient pas être pareilles en raison de la règle *mobilia non sequuntur habent*.

Dans son affectation sur les meubles, le privilège se heurtait à l'impossibilité de les poursuivre entre les mains d'un tiers détenteurs ; il ne subsistait plus à leur égard que le droit de préférence résultant du droit réel nouveau.

56. Ceci montre toute l'analogie qu'on pouvait reconnaître entre le privilège mobilier de notre ancien droit et le droit de gage. L'un et l'autre emportaient droit de préférence ; et le droit de suite se trouvait paralysé en raison

de leur objet. De plus pour augmenter le rapprochement, n'avons nous pas constaté que le privilège fut accordé à certaines créances auxquelles on reconnaissait alors volontiers un droit de gage tacite ? L'identité de leurs natures respectives devait accentuer encore cette juxtaposition. On ne pouvait les confondre : le gage ne portant que sur des meubles et contenant un élément possessoire distinctif. Seulement en dehors de ces différences, les ressemblances de ces deux droits de préférence achevèrent en partie leur jonction.

57. Cette apparition du privilège réel dans notre ancien droit ne se manifesta pas seulement à l'égard de biens déterminés, mais encore sur l'ensemble du patrimoine. La *réalité* de l'institution se produisit aussi bien dans les cas où notre ancien droit connut des privilèges généraux que dans ceux où elle créa les privilèges spéciaux.

La notion gagnait en effet de proche en proche tous les privilèges, et elle se trouvait favorisée par une transformation des voies d'exécution.

On sait qu'à Rome les privilèges généraux s'exerçaient sur le prix de tous les biens vendus en masse à un seul et même acquéreur. Nos anciens auteurs connaissaient fort bien l'étendue d'application du privilège antique, et n'ignoraient pas, par exemple, que l'église créancière des frais funéraires pouvait exercer son privilège sur les meubles et à défaut sur les immeubles. Mais ils connaissaient aussi l'« obligation générale » et c'était elle précisément qu'engendraient les actes notariés. Si l'on suppose

alors, qu'un créancier muni d'un privilège général avait contracté par devant notaire, il avait comme garantie de sa créance, un privilège général et une hypothèque générale. Le même phénomène d'affectation que nous avons vu se réaliser pour les hypothèques et privilèges spéciaux devait se produire ici, et, en effet, Loyseau assimilait les frais de sépulture à une créance accompagnée d'hypothèque privilégiée (1) ; et Denisart (2) déclare que les « frais funéraires, les visites de médecins, salaires de chirurgiens, drogues d'apothicaires, figuraient au nombre des créances dont la cause était extrêmement privilégiée, et auxquelles la loi donnait l'hypothèque légale et le privilège réel ».

Et l'on doit admettre d'autant plus cette idée de la transformation du privilège général en privilège réel, quelle correspondait aussi à un autre besoin théorique. En droit romain les frais funéraires malgré le caractère personnel de la créance privilégiée passaient avant les créanciers hypothécaires eux-mêmes dans le règlement de la contribution. Que ce privilège fut des mieux fondés, cela était indéniable ; qu'il fut par sa cause préférable à toute hypothèque, cela était encore certain. Cependant, il n'en est pas moins vrai, qu'il y avait une atteinte sensible à la règle de la priorité des droits réels sur les droits personnels. Pour éviter cette exception, injustifiée juridiquement, il eut fallu accorder à cette créance une hypothèque tacite ; de cette

(1) L. III, ch. VIII, n° 23.

(2) V° *Privilège*, n° 2.

façon elle pouvait entrer en conflit avec les autres créances hypothécaires, et grâce à sa cause les primer. Le droit romain ne le fit pas : ce fut notre ancien droit qui par l'application à ce cas particulier des principes communément admis en matière de privilèges spéciaux devait éviter la singularité de cette situation. Le privilège des *frais funéraires* et à sa suite et par imitation les autres privilèges généraux considérés comme des privilèges réels pouvaient ainsi se trouver, sans bizarrerie juridique, en conflit avec tous les autres soit sur les meubles, soit sur les immeubles, et les primer par application de la règle qui en est l'origine *privilegia ex causa estimantur* ; ce n'était plus une singularité, c'était le résultat du jeu des principes.

58. A cette transformation, à cette *réalité* des privilèges généraux une idée juridique aurait pu s'opposer ; c'est à savoir qu'il n'y a de droit réel que sur les corps certains ; or, un patrimoine est quelque chose d'indéterminé. Nous réservons la réfutation de cette idée pour des développements ultérieurs, disons seulement dès maintenant qu'en vertu des nouvelles voies d'exécution, le patrimoine n'était plus envisagé, comme il l'était à Rome, comme masse de biens, mais plutôt comme une réunion de choses déterminées, de corps certains, dont les créanciers réalisaient la valeur successivement.

59. Ainsi pouvons-nous conclure que le privilège du droit romain, qu'on appelait personnel, c'est-à-dire le privilège sans caractère théorique joint tant aux créances chirographaires qu'aux créances hypothécaires, avait dis-

paru dans notre ancien droit ainsi que l'affirme un vieil auteur qui déclare après avoir parlé des privilèges personnels romains « nous n'avons rien retenu de ces privilèges » (1). La réalité du privilège est devenue dans notre ancienne jurisprudence un principe applicable dans tous les cas, si général que Domat malgré ses tendances à respecter les traditions romaines affirmait : « tout privilège fait une affectation particulière qui donne au créancier privilégié la chose pour gage, quoiqu'il n'y ait eu ni convention ni condamnation qui marque expressément cette préférence, car elle est attachée au titre de la créance par la nature de la dette et sans qu'on l'exprime » (2). Et à cause de cette réalité « il en arriva que tous les privilèges furent assimilés aux hypothèques privilégiées des Romains » (3).

§ 3. — *Droit civil français.*

60. C'est sous l'empire des principes admis par notre ancienne jurisprudence que fut rédigé le chapitre des privilèges dans notre Code. Et le législateur de l'an VIII devait s'en inspirer dans cette partie du Code plus peut-être que partout ailleurs, sans laisser au droit romain la place que ce dernier occupe dans certaines autres parties. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'art. 2099 « les privi-

(1) Denisart, v^o *Privilège*, n^o 7.

(2) *Loix civiles*, l. III, t. I, sect. IV, n^o 8.

(3) Troplong, p. 24.

lèges peuvent être *sur* les meubles ou *sur* les immeubles » et les articles qui le suivent, contenant l'énumération des créances privilégiées ; celle-ci n'est pas tant s'en faut la liste restreinte du droit antique, mais est la reproduction fidèle des privilèges que Pothier avait admis conformément aux coutumes. A cet égard, notre vieil auteur fut un guide précieux. Malheureusement, son esprit si clair, ne nous fournit pas pour cette institution les éléments d'observation générale, qu'on trouve généralement en tête des différents chapitres de ses traités, lesquels sont, en même temps qu'un exposé sommaire du contenu, leur philosophie juridique. Pothier ne nous donne aucune théorie soit personnelle, soit d'emprunt, sur la nature et les caractères du privilège. Il se borne à les énumérer dans l'ordre de leurs préférences. Aussi les rédacteurs du Code civil durent-ils puiser à d'autres sources le contenu des art. 2095 à 2099. Ils s'inspirèrent à cet égard surtout des *Lois civiles* seulement ils se hâtèrent de corriger l'excès de romanisme qui aurait pu s'en dégager, par l'art. 2095 *in fine* ; celui-ci représente l'abandon complet du droit antique, pour se conformer aux théories qui se dégageaient des ouvrages de nos vieux auteurs coutumiers.

61. C'est principalement en ce qui concerne la nature intime de l'institution que la question devient intéressante. Le fondement des privilèges, leurs sources n'avaient guère changé, et le Code n'innovait pas davantage. Au contraire, en ce qui concerne leur nature le législateur au moment d'accomplir son œuvre avait à choisir entre deux solutions ;

devait-il maintenir le système de la *réalité* du privilège, devait-il l'abandonner pour revenir aux principes romains où notre institution n'est plus qu'un droit accessoire s'exerçant sur la valeur du patrimoine entier ? Les travaux préparatoires ne mentionnent à cet égard aucune discussion, et si les rédacteurs ont soupçonné l'existence de ces deux théories, ils semblent n'avoir eue aucune hésitation à choisir. Mais les textes ne portent pas de façon expresse le résultat de leur décision, et il n'en est pas qui déclare la *réalité* du privilège, comme l'art. 2114 le fait en ce qui concerne l'hypothèque. C'est donc à l'interprète qu'il appartient de dégager l'idée générale qui présida à la rédaction des textes du Code. Cette idée à notre avis c'est le maintien, pur et simple des principes coutumiers, et nous croyons absolument convaincants les arguments suivants.

62. Ce n'est pas seulement l'importance et la force de la tradition qui doivent éveiller cette idée ; elle naît de l'intitulé même du titre XVIII ainsi rédigé « des privilèges et des hypothèques ». Il existe dans ce rapprochement d'un droit réel et du droit dont nous recherchons la nature, autre chose qu'un rapprochement matériel ; il éveille une association d'idées que l'aspect général de notre Code paraît justifier. Dans cette œuvre de classement entreprise en l'an VIII on se trouvait en présence de deux droits : l'hypothèque et le privilège, que notre histoire juridique considérait comme réels, et qui en plus de cette analogie, avait le même effet d'éviter à leur titulaire, le concours ordinaire avec les autres créanciers sur la valeur en

argent des biens du patrimoine. Cette dernière idée seule-eut-elle été suffisante pour amener le rapprochement que marque l'intitulé de notre titre? nous ne le pensons pas, car si la nature du privilège antique s'était maintenue dans notre droit il y aurait eu une telle opposition avec le droit d'hypothèque, que l'un et l'autre eussent fait l'objet d'un titre spécial, sans se trouver ainsi juxtaposés sous la même rubrique. Une autre raison milite en faveur de cette coïncidence pour nous volontaire; elle peut être tirée de la place de ce chapitre dans notre Code; les quatre derniers titres du Code civil: titres XVII à XX sont consacrés à l'étude exclusive des droits réels de nantissement, d'hypothèque; si donc le privilège n'avait pas été, par sa nature, considéré comme un droit pareil, on se serait gardé de l'introduire dans ce groupe; et avec plus de raison, peut-être l'aurait-on fait figurer dans le titre III « des contrats et obligations conventionnelles en général », au chapitre IV « des diverses espèces d'obligations ». Là une section nouvelle, aurait, sans doute traité des obligations privilégiées ou non, à l'imitation des autres parties de ce chapitre qui étudient les éléments que l'on peut adjoindre à l'obligation sans en changer la nature intime.

63. Cette première impression suscitée par l'intitulé d'un titre s'affirme davantage à mesure qu'on pénètre dans le corps même du titre; c'est d'abord l'art 2094: « les *causes* légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques ». Que l'hypothèque soit une *cause* de préférence, cela est certain, ce droit réel ayant un double

effet, droit de suite et droit de préférence. C'est donc un langage très précis que de dire que l'hypothèque est une « cause » de préférence. Quant au privilège, il faut s'en rapporter à la nature de notre ancien droit pour en pouvoir dire autant. En droit romain, en effet, le privilège n'était pas une « cause » de préférence, puisque c'était la préférence elle-même ; il résultait de la qualité (*causa*) de la créance, et constituait un but ; à l'encontre des autres créanciers, la *cause* de la préférence n'était pas le privilège, c'était la faveur avec laquelle on envisageait la créance. A l'égard de l'hypothèque, les jurisconsultes romains, au contraire, auraient pu employer le même langage que notre art. 2094. La convention où la loi constituaient l'hypothèque, laquelle engendrait, au profit du créancier, un droit de préférence. Pour le privilège synonyme de droit de préférence, se confondant avec lui, dont on ne pouvait dire que l'un était la conséquence ou un effet de l'autre, puisqu'ils n'étaient que les expressions différentes d'un même droit, la *cause* légitime de préférence se trouvait non pas dans notre institution, mais bien dans la qualité soit de la créance, soit du créancier.

Puis dans la jurisprudence et les coutumes du xvi^e siècle une transformation s'opère ; l'expression vague, neutre, du droit de privilège, n'est plus synonyme tant s'en faut de celle de droit de préférence. Le privilège affecte le patrimoine entier ou une fraction de celui-ci, et prend l'allure d'un droit réel. En cette qualité il produit deux effets : droit de préférence et droit de suite, et l'on peut dire alors que cha-

cun d'eux a pour *cause* le droit réel qui l'engendre. L'art 2094 n'est précisément que la traduction de cette idée, affirmant ainsi la persistance de la tradition coutumière. Ce que le droit romain n'avait pas fait, le législateur de l'an VIII s'inspirant des principes traditionnels français pouvait le faire, et associer, conformément à la vérité juridique, le privilège et l'hypothèque comme *cause* de préférence.

64. A ces arguments indirects, il est facile de joindre quelques remarques tirées de l'examen des art. 2099-2101-2102-2103 : « les privilèges peuvent être *sur* les meubles ou *sur* les immeubles » — « les créances privilégiées *sur* les meubles... » — les créances privilégiées *sur* les immeubles », n'est-ce pas là la traduction très nette du *jus in re*. ? Le Code ne dit pas que le privilège s'exerce *sur la valeur* de la chose, il dit que le privilège s'exerce *sur* la chose même, ayant ainsi le caractère d'un *poids*, d'une *charge réelle*. Ce langage des rédacteurs n'est pas exceptionnel, on ne le retrouve pas dans une phrase isolée, que d'autres expressions viendraient contredire. Il se manifeste dans tous les articles où l'on parle du privilège ; il n'y a pas d'équivoque possible. C'est la théorie de la *réalité* admise avant la Révolution qui se maintient dans son intégrité, tant en ce qui concerne les privilèges mobiliers que les privilèges immobiliers. La loi ne distingue pas ; les expressions de l'art. 2102, § 1 et 2103, § 1 sont les mêmes, et tout le monde est d'accord pour admettre la *réalité* du privilège immobilier. La conclusion

s'impose alors à l'égard des privilèges mobiliers, sur lesquels on hésite parfois.

L'art. 2102 qui énumère les privilèges mobiliers y fait figurer « la créance sur le gage dont le créancier est nanti » et ceci sans marquer une particularité de la nature qui la distingue en quoi que ce soit des autres créances privilégiées du même article. Faut-il, alors que la loi ne fait pas de distinction, que l'interprète s'autorise des principes romains originaires pour déclarer, contrairement d'ailleurs à notre tradition directe, que la plupart des créances que nous étudions restent et demeurent personnelles? pour affirmer qu'à part les privilèges spéciaux immobiliers et le droit réel de gage, tous les autres ne modifient pas la nature intime de la créance?

65. Il est vrai que ce système (1) qui fait du chapitre des privilèges dans notre Code, un mélange de droits disparates ne s'appuie pas au moins en apparence sur les principes romains. Nous disons en apparence, car au fond on cherche surtout à comparer la théorie moderne et la théorie antique parfaitement simple et claire, et on se refuse à trouver dans le Code civil de 1804 la même simplicité; on le taxe d'avoir compliqué, ou au moins d'avoir manqué de cette rigueur juridique qui fait rejeter d'une théorie, les exceptions. Quoi qu'il en soit, à part les droits que nous indiquons, ce système décide formellement que « pour tous les autres créanciers privilégiés, il n'existe

(1) Planiol, II, p. 801.

pas de droit réel » et l'argument qu'on invoque c'est qu'« il n'y a de droits réels que ceux qui permettent à une personne de faire des actes de maître » ; or « dans le privilège, ajoute-t-on, rien de semblable, c'est un simple droit de priorité entre créanciers, un tour de faveur dans la répartition du prix ». Les arguments que nous invoquons plus haut en faveur de la réalité conservent toute leur valeur en présence de ce système qu'il nous faut maintenant examiner.

En premier lieu on peut s'étonner que cet argument des « actes de maître » ait pu venir à l'esprit de l'éminent auteur que nous combattons, en raison de la définition qu'il donne par ailleurs du droit réel (1). « Il n'est pas exact, écrit-il, de dire que le droit réel consiste à établir un rapport direct entre une personne et une chose » et par cette déclaration était affirmée l'inexactitude de la thèse de MM. Aubry et Rau (t. II. § 172), d'après lesquels « il y a droit réel lorsque une chose se trouve soumise complètement ou partiellement au pouvoir d'une personne, en vertu d'un rapport immédiat opposable à tout autre personne ». Or, quel est l'effet de cette soumission dont parlent ces derniers auteurs, si ce n'est précisément la possibilité de faire des actes de maître ; c'est donc cette théorie condamnée là, qu'on invoque ailleurs à titre d'argument. C'est déjà un moyen un peu singulier, qui donne à réfléchir.

Mais supposons fondée la théorie du droit réel, possibi-

(1) Planiol, *Théorie du patrimoine*, I, p. 685 et s.

lité de faire des actes de maîtres ; ne peut-on pas considérer les divers privilèges de l'art. 2102, autres que le droit de gage, comme ayant ce caractère, lorsqu'on admet qu'ils trouvent leur cause première dans la revendication ou dans un droit de rétention (1) ? Ces deux sortes de droit lorsqu'ils s'exercent sur une chose éveillent précisément l'idée d'un rapport direct entre le créancier et l'objet de sa créance, et par suite le droit pour le créancier de faire des actes de maître. Si donc avec M. Planiol nous admettons les fondements qui d'après lui établissent la raison d'être du privilège du vendeur, du voiturier, de l'aubergiste, on doit reconnaître nécessairement à ces privilèges, la possibilité d'engendrer des actes de maître et par suite la nature de droits réels.

Mais bien mieux écartons cette théorie traditionnelle de l'acte de maître au profit de la théorie nouvelle qui fait du droit réel un rapport d'obligation entre un sujet actif et des sujets passifs en nombre illimité, qui sont toutes les personnes qui entrent en relations avec le sujet actif ; l'obligation du sujet passif étant une abstention. Le privilège n'exige-t-il pas alors comme l'hypothèque, une abstention au profit du créancier armé de cette faveur de la part de tous ceux qui entrent en conflit avec lui : ces derniers doivent s'abstenir de tout acte de nature à troubler la possession, ou plus exactement (puisque le privilège ne donne pas la possession) la possession par l'intermédiaire d'autrui

(1) Planiol, II, p. 810.

(le débiteur). Qu'on n'objecte pas d'ailleurs que ce manque de possession *per se* détruise le droit réel ; l'hypothèque est un exemple du contraire ; la possession du créancier doit donc être paisible et la preuve c'est qu'on reconnaît généralement que les privilèges mobiliers eussent été comme les privilèges immobiliers assortis d'un droit de suite si l'on ne s'était pas heurté à la règle *mobilia non sequam habent* et les travaux préparatoires mentionnent l'existence d'un droit de suite au profit des privilèges mobiliers spéciaux autres que celui du créancier gagiste « elles (créance du vendeur et celle des frais de conservation) donnent au créancier un droit de suite sur la chose » (1), disait Grenier dans son rapport au Tribunal. Faut-il conclure de la disparition du droit de suite, que la nature du droit de privilège ne peut être *réelle* dans le sens d'*obligation passivement universelle* (2) ? ce n'est guère soutenable ; la propriété mobilière n'est-elle pas un droit réel et cependant l'art. 2279 ne s'oppose-t-il pas presque toujours à l'exercice du droit de suite ? d'autre part en matière d'hypothèque il est des cas fréquents dans lesquels l'affirme la survivance du droit de préférence au droit de suite. Ce dernier se trouve paralysé ; il n'existe plus ; l'hypothèque cesse-t-elle d'être un droit réel ? Il nous faut donc avec de nombreux auteurs (3) et avec notre vieille tradition conclure à

(1) Fenet, t. XV, p. 490.

(2) *Thèse Michas*, Paris, 1900.

(3) Baudry-Lacantinerie, t. I, 306. — Laurent, xxix, 314. — Beudant, I, 226.

la *réalité* des privilèges spéciaux mobiliers. Le créancier en sa qualité de créancier chirographaire n'a qu'un droit dont le sujet passif est unique : le débiteur ; aucun rapport obligatoire n'existait à son profit vis-à-vis des tiers. Par l'adjonction d'un privilège, c'est-à-dire d'une sûreté réelle à sa créance, il possède un droit opposable aux tiers en nombre illimité qui peuvent avec lui entrer en conflit (1).

66. La nature du privilège devient une question plus délicate encore, lorsqu'on s'occupe des privilèges généraux.

La plupart des auteurs, même les plus disposés à la réalité des privilèges, font cependant une exception pour les privilèges généraux auxquels on serait disposé à reconnaître la nature du privilège antique. Quant à nous, nous pensons que la réalité de notre institution est indépendante du nombre plus ou moins considérable des biens affectés, et que les privilèges généraux ont une nature réelle semblable à celle de tous les autres.

L'art. 2101 parle des « créances privilégiées sur la généralité des meubles » employant les mêmes termes que les articles qui suivent. Il existe ici encore un droit réel qui

(1) Il est assez curieux de constater que par suite de l'impossibilité d'exercer le droit de suite sur les meubles, le privilège a en France malgré sa différence de nature une identité d'effets presque complète avec le privilège à Rome ; il n'y a en définitive qu'un droit de préférence pour le créancier. Mais cette analogie ne doit pas par ses apparences faire oublier les différences qui existent au fond des choses.

porte sur le patrimoine tout entier ou plus exactement sur chacun des biens qui le composent. Cette dernière idée rend plus compréhensible celle d'un rapport direct du créancier sur la chose. Il apparaîtrait moins clairement s'il devait porter sur le patrimoine global. Quant à sa justification elle n'est pas difficile à présenter ; les textes du Code ne disent pas que les privilèges généraux s'exercent sur tout le patrimoine, mais, au contraire, qu'ils s'exercent sur tous les meubles et subsidiairement sur les immeubles ; on ne voit ici que les divers éléments du patrimoine et non pas le total de leur addition. Ceci est d'autant plus vrai, que le principe de la vente en masse est abandonné maintenant au profit du système des ventes successives jusqu'à concurrence du montant de la dette (art. 622 Cpr. civile). Le concept de *réalité* apparaissait à Rome aisément sur la masse entière ; un créancier ayant hypothèque générale avait un droit réel sur tout le patrimoine. Chez nous la situation est bien différente ; l'obligation générale de notre vieux droit coutumier, instituée pour donner au créancier une garantie sur les immeubles de son débiteur, primitivement soustraits à l'obligation, devait entraîner au profit du créancier un droit plus puissant que sur les meubles, quoique beaucoup plus tardif. En effet, le droit romain n'eut pas assez d'influence, pour étendre l'hypothèque aux meubles (1) comme aux immeubles et il se produisit entre ces deux groupes d'objets qui composent le patrimoine une

(1) Esmein, p. 194.

différence d'exécution tenant à l'impossibilité d'exercer sur quelques-uns le droit de suite. On ne pouvait leur appliquer les mêmes principes, aussi se produisit-il des règles nouvelles lors de la vente sur saisie des biens du débiteur ; ce ne fut plus une vente en masse ce fut une série de ventes particulières et sur chacune d'elles le créancier muni d'un privilège général exerçait son privilège. Ne peut-on pas dans ces conditions considérer à juste titre le privilège général, comme un droit réel s'exerçant sur chacun des biens pris isolément ?

Cette idée qui correspond aux principes de notre procédure d'exécution, ne ressort pas seulement de l'art. 2101, mais encore de la juxtaposition des deux art. 2101 et 2105. Ces deux articles ainsi que nous le disions plus haut parlent de deux éléments du patrimoine et après eux il n'est pas difficile d'analyser chacun de ces deux éléments principaux.

L'art. 2101 qui parle de la « généralité » des meubles n'est pas absolument probant ; mais si l'on consulte les travaux préparatoires on trouve dans l'exposé des motifs par Treilhard cette phrase : « on peut avoir privilège sur les meubles, ou sur les immeubles, et même sur les uns et les autres » (1) qui éclaire singulièrement l'art. 2101. Les privilèges généraux sont donc des privilèges et sur les meubles et sur les immeubles, et ainsi se trouvent spécialisés les différents droits de privilège que l'on peut exercer et sur chacun des meubles et sur chacun des immeubles. Et Treilhard

(1) Fenet, t. XV, p. 474.

ajoute, encore plus convaincant : « les privilèges sont ou particuliers c'est-à-dire sur certains meubles ; ou généraux c'est-à-dire sur tous les meubles... » non pas sur la masse mobilière, mais bien sur *tous* les meubles envisagés successivement ; c'est cette idée qu'on inséra dans la rédaction de l'art. 2101 dont le sens ainsi n'est plus douteux.

En spécialisant les privilèges généraux, en en disséquant les éléments individuels nous évitons le reproche qu'on pourrait faire d'établir des droits réels sur un corps incertain constitué par le patrimoine.

La justesse de notre analyse existe encore en dehors de l'art. 2101-2105, en dehors de la procédure, en dehors des travaux préparatoires. Voici les art. 2166 et 2148 du Code civil. Ils établissent la nécessité pour le créancier de prendre inscription de son privilège général afin d'exercer son droit de suite ; et cette inscription doit être spécialisée sur chaque immeuble. Qu'on n'objecte pas que c'est là une simple mesure de publicité puisqu'ils existent des hypothèques générales dispensées de cette spécialisation : les hypothèques légales et judiciaires. On ne peut pas nier que l'art. 2166 ne parle des privilèges généraux puisque rien dans la loi n'est venu restreindre la portée de cet article ; comme le fait l'art. 2107 à l'encontre de l'art. 2106.

67. Puisque le privilège général est un ensemble de droits, tant sur les meubles que sur les immeubles, il faut bien reconnaître à chacun de ses éléments la *réalité*, et reconnaître aussi cette nature à leur total. Lorsqu'ils s'exercent

sur les immeubles, ce sont des droits réels armés du double droit de préférence et de suite. Sur les meubles, ils conserveront encore cette nature, malgré l'absence de l'un des effets ; vouloir nier dans ce dernier cas la nature intime que nous leur reconnaissons, ce serait prétendre que le seul fait de changer d'objet est de nature à modifier leur caractère ; autrement dit que sur les meubles, il n'y a pas de droit réel. Et nous aboutissons ainsi au système, que nous avons déjà combattu au sujet des privilèges spéciaux.

Cette théorie qui fait du privilège général un droit réel comme le privilège spécial, nous semble suffisamment établie par ces quelques remarques ; elle apporte dans l'étude de notre institution une singulière clarté, en même temps qu'une unité parfaite dans cette matière considérée à tort comme des plus complexes (1).

(1) Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici un vote de la sous-commission juridique de la commission extraparlamentaire du cadastre « le privilège est un droit *réel* sur les meubles ou sur les immeubles résultant de la qualité de la créance... » Ce texte (art.5). du projet fut proposé par M. Challamel, rapporteur général sur le projet concernant les privilèges et les hypothèques ; il souleva d'ailleurs une discussion. M. Massigli, membre de la commission, fit à son sujet la remarque suivante « il s'est élevé en jurisprudence des difficultés sur la nature des privilèges généraux. Des auteurs et non des moins considérables, soutiennent que les privilèges généraux en tant qu'ils portent sur les meubles ne sont opposables qu'aux créanciers chirographaires, et ne constituent pas des droits réels ; d'où il suivrait qu'en cas d'aliénation des meubles du débiteur les créanciers privilégiés seraient sans droit contre l'acquéreur qui aurait payé son prix, alors même que cet acquéreur ne serait pas en possession. Si l'on dit que le privilège

La plus grande des difficultés vient de ce qu'on cherche à ramener au droit romain cette institution qui n'a pourtant plus rien de commun avec le privilège antique, si ce n'est le nom et la raison d'être. On veut trouver entre les deux un rapprochement quand même, et on se heurte à des impossibilités. Pourquoi en s'inclinant franchement devant l'évidence, ne pas tenir compte de l'évolution produite ? Du privilège romain, nous ne retiendrons que l'étiquette, mais en remarquant avec soin que le contenu du système s'est modifié du tout en tout. Nous avons étudié cette modification et le système nouveau. Si nous avons recherché les principes originaires, c'est afin de les comparer de façon indépendante et ainsi nous pouvons croire que l'idée qu'éveillait chez un jurisconsulte latin le mot *privilège* n'est pas du tout la même que celle qu'il doit éveiller dans nos esprits modernes.

Le privilège n'est plus un droit dont l'importance ne se manifeste que lors du règlement des créanciers ; il possède une autre valeur qui ressort avant ce règlement final dans les rapports du débiteur et du créancier. Celui-ci, en dehors des hypothèses où par application des art. 1166,

est toujours un droit réel, cela implique que le créancier privilégié ne sera pas tenu de s'incliner devant le droit de l'acquéreur, si celui-ci, n'a pas la possession, et n'est pas en mesure d'apposer la maxime « en fait de meubles, possession vaut titre. » Malgré ces observations, la réalité du privilège fut admise par la sous-commission ; l'un de ces membres fit d'ailleurs remarquer que cette décision supprimerait pour l'avenir les discussions habituelles (l. VII, p. 214).

1147, 2279, § 2, tous les créanciers chirographaires peuvent agir, pourra de plus, théoriquement agir contre les tiers détenteurs de l'objet aliéné volontairement par le débiteur, sans qu'il soit nécessaire de prouver une fraude à l'encontre de ses créanciers. Le créancier privilégié, muni d'une sûreté réelle, pourra exercer le droit de suite qui en découle, mais, il faut reconnaître que le bénéfice du droit de suite, se trouve restreint par les privilèges mobiliers à la mesure dans laquelle l'art. 2279 autorise la recherche des meubles aux mains des tiers.

Cette idée posée, nous permet de critiquer les systèmes d'après lesquels il ne saurait être question du privilège dans les rapports du créancier au débiteur (1) et l'arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1852 (J. Palais, 54-1-65), d'après lequel le débiteur tenu personnellement de la dette est « sans intérêt partant sans qualité pour contester la validité du privilège qu'un de ses créanciers prétend exercer sur une partie de son patrimoine. »

L'intérêt est manifeste selon nous, lorsque le créancier peut exercer et exerce en fait son droit de suite puisqu'il peu détruire ainsi les aliénations consenties par le débiteur, et troubler l'établissement de propriété opérée. Le débiteur a intérêt à faire reconnaître ou à contester à son créancier sa qualité de privilégié et l'action en justice ne saurait de ce chef lui être refusée.

(1) Martou, p. 296.

CHAPITRE II

DE LA NOTION OU PRIVILÈGE CONSIDÉRÉ DANS QUELQUES-UNES DE SES CONSÉQUENCES

SECTION I

Des biens soumis au privilège.

68. L'étude que nous entreprenons ne demandera en ce qui concerne le droit romain que quelques remarques assez brèves en raison de la simplicité qu'avait alors notre institution. Des notions déjà présentées, il s'ensuit que le privilège étant alors un simple droit accessoire, sans caractère bien défini, devait avoir le même caractère de généralité, que le droit qu'il accompagnait. La créance chirographaire s'exerçant sur le patrimoine entier du débiteur, le privilège devait naturellement suivre une extension similaire. On sait, en effet, que les biens d'un débiteur constituent en masse, le gage commun des créanciers : ceux-ci lors de la vente en bloc se présentaient à la distribution

des deniers, et à ce moment sur le prix obtenu par la mise aux enchères, le privilège permettait au créancier favorisé de primer tous les autres. On peut donc dire que notre institution s'exerçait sur la valeur en argent de tout le patrimoine, sur les deniers payés par l'acheteur qui représentaient le prix. De là ce qualificatif de privilège général qui lui fut donné.

L'étendue du privilège ne variait probablement pas à supposer qu'une hypothèque conventionnelle fut adjointe à cette créance légalement favorisée. Voici le client d'un banquier qui exige de celui-ci une garantie hypothécaire du dépôt effectué ; si l'hypothèque était insuffisante et ne lui procurait pas son paiement intégral, son privilège lui servait probablement pour se payer par préférence aux créanciers chirographaires.

Ces hypothèses très simples, devaient plus tard, devenir plus complexes lorsqu'on reconnut l'existence des hypothèques privilégiées. La difficulté ne se présente pas lorsque le bien hypothéqué est suffisant pour assurer le paiement du créancier ; celui-ci, grâce au privilège, exerçait son droit de préférence sur la valeur du bien en question ; et tout se terminait là. Le privilège prend dans cette hypothèse l'allure d'un privilège spécial au moins en apparence car au fond des choses perdait-il son caractère de généralité par le fait de son annexion à une créance hypothécaire ? On ne doit pas oublier avant de répondre à cette question que le privilège se trouvait l'accessoire aussi d'une créance chirographaire devenue ensuite hypothécaire ; le privilège de-

vait-il donc conserver le caractère de généralité que lui donne la première ou, au contraire, influencé par le droit d'hypothèque spéciale acquérir cette spécialité ? cette question ne devait pas être en droit romain du domaine de la théorie pure ; on peut concevoir aisément des hypothèses que sa solution intéresse : c'est lorsque le bien hypothéqué est d'une valeur inférieure au montant de la dette ; sur le reste des biens le créancier pouvait-il à l'encontre des créanciers chirographaires exercer son privilège, ou bien celui-ci se trouvant joint au droit d'hypothèque disparaissait-il avec ce dernier ? aucun texte ne permet de répondre de façon formelle. Il est une créance, celle de la femme mariée pour laquelle la solution était indifférente puisque son privilège, en même temps que son hypothèque, était général. Au contraire, pour la créance des frais faits pour la conservation de la chose et pour la créance hypothécaire constatée par acte public, la solution devient intéressante. Elle devait selon nous être différente dans les deux cas ; pour la créance des frais de conservation avant de devenir hypothécaire privilégiée, elle avait été simplement privilégiée et il est permis de penser, que cette seconde faveur n'était pas absorbée par la première au point de disparaître complètement. Tandis qu'au contraire dans le cas d'une hypothèque constituée par acte authentique, c'est l'hypothèque et non la créance qui se trouvait privilégiée, et lorsque le droit hypothécaire épuisé, anéanti par son exercice, ne pouvait plus s'exercer, en raison du peu de valeur du bien hypothéqué par rapport à la créance, celle-ci redevenait simple créance chirographaire,

le privilège lié à l'hypothèque ayant disparu avec elle.

Ainsi la notion qu'on peut avoir du privilège romain, n'est pas nécessairement celle d'un droit général ; peut-être y avait-il tel de ses cas d'application qui pouvait être spécialisé, et comme l'hypothèque à Rome pouvait frapper les meubles comme les immeubles, le privilège annexé à l'hypothèque constituée par acte public pouvait prendre l'aspect d'un de nos privilèges spéciaux sur les meubles ou sur les immeubles, par suite de la restriction apportée à son exercice.

69. Notre ancien droit suivant en cela la tradition romaine reconnut l'existence des privilèges s'exerçant sur l'ensemble des biens du débiteur. Ce fut d'abord et par imitation, le privilège des frais funéraires, qui devait à sa suite entraîner un certain nombre de privilèges créés par les auteurs et la jurisprudence. C'est un arrêt du 19 avril 1580 « donné entre les créanciers chirographaires et la veuve de Messire Nicolas de Fizes... par lequel arrêt la cour en confirmant la sentence du prévost de Paris, ordonna que l'apothicaire du défunt serait préféré pour ses parties et salaires d'avoir pansé... » ; et plus loin l'auteur ajoute : « comme aussi nous voyons en droit que l'action pour les médicaments a le même privilège que l'action funéraire, laquelle tient le premier lieu entre les actions personnelles quelque privilège, qu'elles puissent avoir... (1). C'est donc un nouveau privilège qu'on tendait à introduire dans la cou-

(1) Maynard, t. I, l. II, ch. XLVII et XLVIII.

tume, et qui était considéré comme semblable au premier des privilèges romains. Seulement ces passages n'établissent pas l'identité absolue du nouveau privilège avec le privilège général qu'on imita, au moins quant aux biens affectés. Mais le doute cesse d'être possible devant cette autre déclaration « la cour a encore passé plus outre et a jugé par arrêt... les autres chambres consultées le 12 mars 1611 infirmatif de la sentence du prévost de Paris du 15 juillet 1609 que le droit de préférence pour les apothicaires a lieu non seulement sur les meubles entre les créanciers personnels et chirographaires, mais aussi sur les derniers procédant de la vente et adjudication par décret des immeubles contre les créanciers hypothécaires. Ce qui avait été auparavant jugé par autre arrêt du 28 janvier 1604 » (1). Cet arrêt de 1611 « tendait donc à établir une jurisprudence constante dont le premier arrêt datait de 1604. Entre temps la cour prévôtale s'en tenant strictement aux principes romains avait admis sans doute le privilège au projet des médecins, chirurgiens... en raison du caractère favorable de leur créance, mais ne leur avait donné que le simple privilège, seul droit de préférence sur les créanciers ordinaires. C'était là l'application du système romain du groupement des créances suivant leur nature et du privilège qui donnait droit de préférence seulement à l'égard des créances d'un même groupe. Il existait cependant une différence avec les principes anciens ; sur les immeubles le privilège semble

(1) Louet, t. I, *lettre C.*, som. XXIX.

d'après cet arrêt de 1609 modifié en 1611, ne pouvoir point s'appliquer et peut-être ce privilège de médecins était-il restreint aux seuls meubles du débiteur. Quoi qu'il en soit l'arrêt de 1609 devait céder devant la Jurisprudence nouvelle du parlement de Paris qui attribuait au privilège en question la même généralité qu'aux frais funéraires, en même temps que leur « réalité » (v. *infra*, n° 57).

Les privilèges généraux ne portaient d'ailleurs sur les immeubles que subsidiairement et pour le cas où les meubles étaient insuffisants pour assurer le paiement de la dette ; « ce même privilège et droit de préférence qui est donné aux apothicaires, et chirurgiens tant sur les meubles en cas déconfiture, que sur les immeubles lorsqu'il n'y a pas de meubles suffisants n'a lieu... (1) ». C'est donc bien un privilège général se fractionnant en deux groupes de privilèges différents, et non plus un privilège global. Quelques autres privilèges généraux furent ensuite créés (2).

70. Quant aux privilèges spéciaux leur nombre devint très considérable, en raison des besoins auxquels ils correspondaient. On reconnaissait aisément que dans des cas fréquents, le créancier eut mérité mieux que se traitement ordinaire qui lui donnait comme aux autres le patrimoine du débiteur en garantie. Pour des raisons analogues à celles qui motivèrent la création du privilège romain, on lui aurait volontiers reconnu cette faveur. Mais celle-ci était

(1) Louet, *loc. cit.*

(2) Pothier, t. X, p. 230.

dans bien des cas disproportionnée à la cause même de la créance. La généralité était une faveur trop grande, surtout depuis que l'on reconnaissait à ce droit de préférence la nature d'un droit réel. D'autre part, il existait dans ces sortes de créances un rapport de *causalité* entre elles et un élément déterminé du patrimoine, qu'on discernait difficilement dans les cas ordinaires des privilèges généraux. Ce rapport de *causalité* devait entraîner un rapport d'obligation particulier. En droit romain, l'hypothèque, pouvant s'exercer indifféremment sur les meubles et sur les immeubles, donnait une satisfaction facile à cette dépendance étroite d'un bien à une créance ; et on comprend que ce rapport d'obligation ait été abandonné, quant à sa création à la convention des parties.

Celles-ci lors de l'augmentation de valeur du patrimoine du débiteur pouvaient garantir la créance par une hypothèque dont l'objet était précisément le bien acquis par le débiteur.

Ceci ne pouvait plus être vrai que pour les immeubles dans notre ancien droit. Il fallait pour les meubles trouver autre chose ce qui explique pourquoi les privilèges mobiliers spéciaux ont précédé chronologiquement les privilèges immobiliers spéciaux. Ces derniers pouvaient être remplacés assez efficacement par l'hypothèque ; de là leur apparition plus tardive.

Pourtant à cette époque le nombre des contrats emportant hypothèque était considérable, et d'autre part la négligence en l'ignorance du créancier pouvant faire tomber

la créance au rang des obligations simples, personnelles, malgré la faveur de la dette ; le privilège sur les immeubles devait donc aussi trouver son utilité et sa raison d'être.

71. Telles sont les causes qui marquent l'intérêt de la création des privilèges spéciaux. Elles furent suivies d'effet grâce aux changements survenus dans d'autres institutions. On s'était habitué à Rome à considérer le patrimoine comme un élément pécuniaire qui contribuait avec les éléments moraux et physiques à donner à leur titulaire sa qualité de citoyen romain. Cet élément patrimonial était un tout, de cohésion parfaite (la *venditio bonorum* est caractéristique) et c'est sous l'empire de cette idée que s'était formé le privilège. Dans notre ancien droit les idées changèrent ; probablement sous l'empire des idées germaniques ; et l'intégrité ne fut plus conservée. Sous l'époque franque, par exemple, et avant elle on ne considérait pas les immeubles du débiteur comme affectés au paiement de sa dette ; sa personne seule et ses meubles en étaient la garantie (1). Plus tard, les immeubles s'ajoutèrent, à cette première garantie ; mais par une survivance des idées anciennes qui considéraient les immeubles comme des biens de famille, on commençait toujours par saisir et discuter les meubles avant eux. « Leur sort étant désormais indépendant, on comprend qu'il se soient formé pour eux des habitudes et des conceptions nouvelles, et que la notion du privilège spécial mobilier ait pu naître (2). »

(1) Esmein, p. 127.

(2) Planiol, II, p. 809.

Dès le xiv^e siècle nous lisons le *Grand Coutumier* (1) « si aucun était tenu à un autre pour louage d'une maison ou pour vente de vin vendu en gros, sans jour et sans terme, il est à savoir que ce sont debtes privilégiées. » Voici formellement indiqué dans ce passage, le privilège spécial mobilier et ceci dès le xiv^e siècle (2). Il est vrai qu'à la même époque Beaumanoir parlant du gage tacite du bailleur, ne disait nullement que ce créancier avait même le droit de vendre et par suite ne lui reconnaissait aucun privilège ; le seul droit qu'il admettait était le droit de rétention « aucunes cozes sunt obligées de elles-mêmes tout sans convenances ; si comme je loue ma maison, soit en fief ou en héritage vilain, et cil a qui je l'ai loué a de ses biens, porte en la dite méson, et ne me paies pas mon louage, je puis penre du sien sans justice par coustume, tant que je soie paies de mon louage... » et ailleurs. « Encore en autres cas peut bien cozes estres obligées sans convenances ; si comme je baille ma terre à ferme ou à louage, et cil qui a moi le prest y a mis son labeur, je ne le laisserait pas lever les yssues, s'il ne me plest devant ce qu'il m'aura fait seurté de rendre moi, ce qu'il m'en doit tout, ne m'oust-il pas en convent au mar-

(1) Livre, II. *titre des exécutions des lettres.*

(2) V. *Supra*, n° 34, il peut être intéressant de constater dans ce passage du coutumier de Charles X qu'il n'est pas fait mention du privilège résultant d'un gage exprès, ce qui pourrait permettre de supposer que celui-ci était postérieur au privilège résultant du gage tacite.

chié feire qu'il ne me fust seurté ; car li labours et li amendements, c'oumet sor le liu fet la seurté par coustume vers celi qui baille sa terre » (1). La situation du bailleur impayé qui ne pouvait que s'opposer « à lever les yssues » devait donc se modifier ; ceci était déjà un résultat acquis, puisque le *Grand Coutumier* qui ne parle nullement d'un gage tacite, parle simplement d'un privilège, par celà même indépendant du gage.

72. Nous avons vu d'autre part combien cette création des privilèges spéciaux devait être féconde en applications nouvelles ; nous n'avons pas à y revenir pas plus que nous n'avons à rappeler parmi les privilèges immobiliers le privilège du vendeur d'immeubles.

Il ne nous reste ici à mentionner qu'un privilège du droit romain, c'est-à-dire un privilège général, devenu spécial dans notre ancien droit. On jugea sans doute excessive la faveur attachée à la créance de celui qui avait réparé, reconstruit un immeuble ou fourni les fonds nécessaires, et le privilège fut restreint dans son exercice à l'immeuble réparé. C'est ainsi que Louet (2) rapporte un arrêt du 22 juillet 1592 qui reconnaît cette spécialité ; de même après lui, Bourjon (3) examinant le concours des privilèges du vendeur et de l'ouvrier, décide que « lorsque l'un et l'autre sont créanciers sur l'héritage adjudgé et par eux vendu et amélioré..., pour donner à chacun l'objet de

(1) Beaumanoir, ch. xxxiv, n^{os} 16 et 17.

(2) Louet I, *lettre C.*, tom. XXXIX.

(3) Bourjon, t. II, p. 734.

leur privilège, il se fait une ventilation du prix et distinction de la valeur du fonds et de celle de la superficie ; c'est la seule voie qu'il y ait de conserver à chacun d'eux leur vrai droit et le véritable effet de leur privilège qui se limite en ce cas sur la matière, qui en est l'objet... Sur la portion du prix fixé pour le fonds, le vendeur a privilège à l'exclusion de l'ouvrier, et l'ouvrier l'a sur la portion du prix fixé pour la superficie à l'exclusion du vendeur ; par là, le privilège de l'un et de l'autre est également ménagé... » Ce privilège avait généralement pour objet des immeubles, parfois, mais il était alors d'une application plus rare, des meubles.

73. Notre Code allait précisément admettre l'inverse, et alors que l'art. 2102, 3^o fait figurer parmi les privilèges mobiliers spéciaux le privilège des frais faits pour la conservation de la chose, l'art. 2103 n'en parle pas.

C'est peut-être la seule exception aux principes traditionnels français. En ce qui concerne les privilèges généraux et les privilèges spéciaux, les rédacteurs de l'an VIII se bornèrent à reproduire l'énumération qu'en fait Pothier, en reconnaissant à chacun la partie et l'extension traditionnelle. C'est ainsi que pour les privilèges généraux, l'art. 2105 « lorsqu'à défaut de mobilier, les privilèges énoncés en l'art. précédent (privilèges généraux) se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble... » ne fait que reproduire les principes anciens que P. de l'Hommeau indiquait dans sa *maxime* 387 (1), « les frais des obsèques

(1) Livre III, *Des saisies criées*.

et funérailles du défunt, les médecins pour leurs visites et ordonnances, les apothicaires pour leurs drogues fournies durant la maladie du défunt, doivent être les premiers payés entre les créanciers privilégiés sur les meubles du débiteur, et s'ils ne sont pas suffisants sur les immeubles ».

Cette différenciation des deux éléments mobilier et immobilier du patrimoine, inconnue du droit romain, créé dans notre ancien droit, se maintenait donc dans notre Code. Elle devait postérieurement s'affirmer de plus en plus dans des lois nouvelles. C'est ainsi que les différents privilèges du fisc ne s'exercent en général que sur le mobilier ; privilège des contributions directes autres que l'impôt foncier (loi 12 novembre 1808, art. 1), du timbre (loi 28 avril 1816, art. 76, al. 2), des contributions indirectes (décret du 1^{er} germinal, an XIII), des droits de douane (L. 6, 22 août 1791, t. XIII, art. 22. — L. 4 germinal, an II. Loi 28 avril 1816, art. 58), ne portent que sur les meubles du débiteur ; sur les immeubles, le Trésor n'a, dans ces hypothèses, aucune préférence ; il n'est donc à leur égard qu'un simple créancier chirographaire. Plus curieux encore dans cet ordre d'idées, le privilège sur les biens des comptables à raison de leurs débets (L. 5 sept. 1807) : c'est un privilège général quant aux meubles et spécial quant aux immeubles ; n'y sont pas astreints, en effet, ni les immeubles acquis par le comptable avant sa nomination, ni ceux acquis par sa femme depuis cette nomination, sauf preuve que cette acquisition a été soldée de ses deniers. Notons enfin pour terminer le privilège du Trésor pour

l'impôt foncier (L. 18 nov. 1818) lequel porte uniquement sur les récoltes ou la créance des loyers et non pas sur l'immeuble. C'est un privilège mobilier muni d'un droit de suite.

74. On se rend compte de la transformation de la notion romaine qui faisait du privilège un droit général. L'atteinte qui lui avait été portée quant à sa nature par le temps et les idées, ne devait pas être moindre quant à son assiette. Peu à peu, la complexité des créances, née d'une complexité correspondante de besoins, avait imprimé à notre institution un mouvement pareil. L'idée que nous évoquons, lorsque se présente ce mot de privilège, n'est plus celle d'un droit général quelconque, mais d'un droit très précis, d'un droit réel à aspects aussi variés que le droit réel d'hypothèque. L'un et l'autre s'exercent sur un, plusieurs biens d'un débiteur. Et cette diversité qui fit perdre à la conception originaire toute la rigidité, montre la souplesse de ce droit qui le fait s'adapter de façon adéquate aux nécessités sociales. C'est une institution vraiment neuve.

SECTION II

Des avantages qui résultent du privilège.

§ 1. — *Droit de préférence.*

75. L'extrême simplicité de la notion antique, permet de concevoir aisément, l'ordre nouveau des créanciers entre eux, que fit naître la création du privilège. Le créancier privilégié primait dans le règlement de la distribution des deniers, les créanciers chirographaires du même débiteur, avec lesquels seuls il se trouvait, en conflit, au moins à l'origine. Plus tard, cet ordre subsista dans les rapports des mêmes créanciers, et on n'hésita pas à reconnaître une solution analogue dans le conflit des créanciers hypothécaires et des créanciers hypothécaires privilégiés. Ces derniers faisant exception à la règle, *prior tempore, patior jure*, passaient sans avoir égard à l'époque de leur naissance, avant les créanciers hypothécaires plus anciens. Ainsi dans ces deux hypothèses, le privilège, né de la qualité de la créance, ou du créancier, évitait à son titulaire les règles ordinaires, qui déterminaient l'ordre des créanciers. Il y avait donc quatre classes de créanciers, dont le paiement s'opérait successivement.

76. On sait, d'autre part, comment la somme attribuée

à chacune d'elles était répartie lorsqu'il s'agissait, soit des créanciers hypothécaires (2^e groupe), soit des créanciers chirographaires (4^e groupe). Ces derniers venaient à contribution, au prorata de leur créance, sans égard à la date du contrat, laquelle était précisément la base du règlement des premiers.

Restent les créanciers privilégiés simples, et les créanciers hypothécaires privilégiés. Comment le droit romain s'y prenait-il pour déterminer les droits de chacun ? en ce qui concerne les privilèges simples, il est au *Digeste* une règle souvent citée qui donne la solution : « *privilegia non ex tempore estimantur, sed ex causa ; et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint* » (1). Ce qui est fort équitable. Toutes les causes de créances ne sont pas les mêmes et de ce fait qu'un privilège a été concédé à l'une d'elles, rien ne prouve que telle autre également favorisée n'avait pas un titre meilleur encore, ou moindre, à cette concession. Il y avait dans cette institution une raison maximum et une autre minimum, qui constituent les deux pôles extrêmes entre lesquels, elle évolue. Les Romains ne l'ignoraient pas, et si par exemple, la créance des frais funéraires constituait l'application la plus favorable de l'institution, la créance du dépôt opéré chez un banquier en était peut-être le pôle opposé, le moins favorable. Entre ces deux limites s'intercalaient les autres créances privilégiées. Il y

(1) *Digeste*, l. XLII, t. V, 17, § 2.

avait donc entre elles une gradation que nous ne retrouvons pas expressément formulée dans les textes, mais que suppose implicitement le passage du *Digeste* que nous citons. Cette gradation n'était pas évidemment mathématique, et aussi absolue que lorsqu'il s'agit de dates différentes (hypothèque); elle se trouvait, au contraire, essentiellement subjective, et n'était que le résultat d'une appréciation que pouvaient faire varier les mœurs, le milieu, etc.

De là résultait que le privilège, étant dans un rapport de dépendance avec la *causa* qui l'engendrait et qu'on appréciait, devait être soumis aux différences d'intensité qui séparent ces *causæ* les unes des autres. Sans doute, c'est toujours le même privilège dans tous les cas, seulement il aura l'apparence d'un droit très fort, lorsque la qualité de la créance sera particulièrement remarquable, et dans l'ordre des privilèges simples, chaque créance à l'égard de celle qui la suit, prenait sur elle, le pas, comme le fait la moins favorable des créances privilégiées vis-à-vis d'une créance chirographaire.

Dans le groupe des créanciers munis du droit de préférence, la distribution des deniers s'opérait alors successivement *ex causa*. Lorsque cette cause pour deux privilèges était identique, il était naturel de faire concourir leurs titulaires qui n'ont pas eu de raison meilleure l'un que l'autre à l'obtention de cette faveur. Son intensité est la même, et il ne saurait en résulter autre chose qu'une égalité de traitement. Cela ne les empêche pas de primer

les simples créanciers chirographaires ; la disparition de leur privilège n'ayant été que relative (1).

77. La solution semble plus délicate lorsqu'il s'agit des créanciers hypothécaires privilégiés ; si on appliquait strictement les mêmes principes, nous n'aurions à envisager que la *causa* et à régler les rangs d'après elle. Seulement il faut remarquer que la qualité hypothécaire de la créance ne disparaissait pas du fait qu'elle était privilégiée, puisqu'au contraire c'est elle précisément qui élevait le conflit avec les autres créances hypothécaires. Devait-on donc appliquer la règle du temps, c'est alors l'abandon de la qualité accessoire du privilège ; et si l'on s'en tient aux principes généraux en matière de privilège, c'est le rejet de leur qualité hypothécaire. Ce qui fait la difficulté de cette question que ne résolvent pas les textes romains, c'est la réunion sur une même obligation de deux droits accessoires, qui doivent avoir nécessairement leur utilité distincte. Comment le droit romain réglait-il le conflit ? La

(1) On pourrait concevoir cependant qu'en droit romain, l'ordre du temps eut quelque utilité dans le classement des privilèges. Il ne s'agirait pas alors de la date de la créance privilégiée, mais de la date successive d'apparition des privilèges. Ceux-ci ont du apparaître d'autant plus tardivement qu'ils étaient moins nécessaires et on peut déduire aussitôt la relation entre la date de l'apparition d'un privilège et la faveur attachée à sa cause. On pourrait de là conclure que les privilèges les premiers créés devaient être aussi les premiers payés. Il est vrai que cet ordre de création ne pouvait échapper à la subjectivité de l'appréciation de la *cause* et dès lors n'être pas absolument vrai dans la conclusion que nous en tirons.

question est des plus controversées (1) ; il est cependant probable que la règle *privilegia non ex tempore extimantur* devait trouver ici encore une application particulière, du principe par elle posé sous une forme générale. Puis dans le cas de deux créanciers également privilégiés, mais ayant des hypothèques de dates différentes, la question du privilège n'ayant pour eux plus d'intérêt, leur conflit devait être réglé par la date de leurs hypothèques.

78. Les principes du droit romain assez incertains pour nous, ne devaient pas l'être moins pour leurs imitateurs directs, nos vieux auteurs. Lorsqu'il s'agissait des créances chirographaires la question du privilège n'était pas une difficulté et le conflit se réglait aisément, d'après le système antique ; « par la disposition du droit romain disait Basnage (2) il y a différence entre les actions personnelles et hypothécaires ; le privilège et la préférence pour les actions personnelles, se règlent par la cause et non par le temps ; l. *privilegia D. de bonis auct. judic. possid.* Au contraire... » et ailleurs il ajoute « si néanmoins entre les créanciers (chirographaires) il y en avait de privilégiés ils étaient préférables ; que si les créanciers privilégiés étaient d'un même titre, le temps ne donnait entre eux aucune préférence, mais ils concouraient également ». Malgré ces idées parfaitement nettes, il existait dans la pratique certaines divergences d'opinions que Loyseau (3) nous in-

(1) Pellat, p. 101 et 102. — Accarias, t. I, n° 290, p. 712.

(2) *De l'hypothèque*, ch. xiii, p. 61 et ch. lxi.

(3) III, ch. viii, n° 2.

dique. Elles venaient de ce que « la même coutume (la coutume de Paris) en l'art. 179 dit qu'en cas de déconfiture chaque créancier vient à contribution, et qu'il n'y a point de préférence aux prérogatives pour quelque cause que ce soit. Ce qui est conforme à la loi *Procuratoris, Plane de tributaria actio*, où il est dit que *in action tributaria etiam merces emptæ ex pecunia unius creditoris veniunt in tributum*; et Loyseau conclut après avoir mentionné les termes formels du texte. « C'est pourquoi il faut nécessairement confesser qu'en droit *in actione tributaria privilegia creditorum cessant*. » Néanmoins la décision de l'article 179 était considérée, comme ayant été « trop légèrement et inconsidérément ajoutée lors de la dernière réformation ». Quant à l'action tributoire Loyseau explique assez confusément la raison qui selon lui faisait que *Privilegia cessant*. « Toute différente, ajoute-t-il, était la déconfiture qui était vraiment le *pignus pretorium* du droit, c'est à savoir quand les créanciers étaient mis en possession du bien de leur débiteur banqueroutier, il est alors tout certain que les créanciers privilégiés étaient préférés aux chirographaires. »

En ce qui concerne les créanciers hypothécaires privilégiés du droit romain, notre vieil auteur les considérait comme « une certaine prérogative attribuée par le droit à l'hypothèque tacite ou expresse qui la rend préférable non seulement aux dettes chirographaires et aux privilèges personnels, mais aussi aux autres hypothèques quoiqu'antérieures. » Et dans l'ensemble des créanciers

dont il fallait régler le concours, Loyseau reproduisant presque littéralement les principes romains que nous connaissons, écrivait : « Voilà donc quatre rangs de créanciers, à scavoir : ceux qui ont hypothèque privilégiée qui doivent estre mis les premiers en ordre ; ceux qui ont simple hypothèque soit expresse, soit tacite qui marchent ensemble au second rang ; en troisième lieu ceux qui ont le simple privilège personnel ; finalement les simples chirographaires. » Mais nous avons vu la disparition des privilèges simplement personnels à une époque postérieure à Loyseau ; tous les privilèges étant réels (frais funéraires ; argent prêté pour la conservation de la chose, etc.), le troisième groupe mentionné par Loyseau disparaissait et il n'y avait plus que les privilèges réels primant toutes les autres créances (1). C'est déjà ce que nous lisons à la fin du xvii^e siècle, dans Cl. Henrys (2). (V. *infra*, n^o 60).

79. Quant à l'ordre des créanciers privilégiés entre eux, notre ancien droit ne paraît pas avoir eu de système rigoureux.

Il est vrai qu'il existait alors une grande complicité ; elle tenait non seulement au nombre des privilèges généraux fortement accru, mais encore à la naissance des privilèges spéciaux tant sur les meubles que sur les immeubles. Fallait-il faire passer les privilèges spéciaux les premiers

(1) Louet, t. I, *lettre C.*, som. XXIX, n^o 4.

(2) Henrys, t. I, l. II, ch. iv, 9-26.

ou non ? En faveur de la première solution on pouvait invoquer la ressemblance du privilège avec l'*obligacion* ou hypothèque ; celle-ci du moins à l'origine était envisagée comme ayant une énergie plus grande lorsqu'elle était spéciale et « cela était naturel, remarque M. Esmein (1) ; en restreignant le droit du créancier à un ou plusieurs immeubles déterminés, les parties avaient voulu le renforcer, lui faire gagner en énergie, ce qu'il perdait en étendue ». Cet argument d'analogie présenté pour le privilège, ne serait pas convainquant. Outre, que la force des deux sortes d'*obligacion* devint plus tard (dès le xiv^e siècle) la même, il y a dans celles-ci un élément de volonté, que le privilège en général ne renferme pas. Celui-ci ayant dès l'origine une certaine énergie, ne la vit pas s'augmenter ; au contraire, on la restreignit, quant aux biens assujettis, sans d'ailleurs qu'on puisse relever dans les textes d'autre changement, par exemple, un avancement dans l'ordre des préférences.

Il reste donc le principe romain qui s'appliquait non seulement dans le cas des créances chirographaires, privilégiées, mais aussi dans les créances hypothécaires privilégiées. Ce principe devait donc se retrouver quand les privilèges furent tous devenus des droits réels comme cela eut lieu dans l'ancienne jurisprudence et le règlement de leur conflit devait être la conséquence de la règle *privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa* ; quant à

(1) P. 194.

leur qualité de droit réel elle ne pouvait intervenir que lors du conflit des créanciers munis du même privilège, comme le disait Basnage (1), « il y a des dettes si favorables et si privilégiées que lorsqu'il s'agit de la préférence on considère plus la cause que la date de l'obligation : *interdum posterior potior est priori* ; de sorte qu'entre privilégiés, ceux qui ont un privilège plus digne et plus favorable, l'emportent sur les autres (2) ».

De ceci, résulte que les privilèges généraux doivent être les premiers payés. Puisque la loi leur reconnaît la généralité, on peut déduire qu'ils sont, grâce à ce maximum de garantie, les plus favorisés, partant les plus favorables, c'est-à-dire les premiers à être payés. C'est, en effet, ce qui avait lieu ; les frais funéraires précédaient comme à Rome tous les autres ; à leur imitation on accorda un privilège général aux médecins, apothicaires... qui avaient soigné le défunt dans sa dernière maladie. C'était un privilège qui logiquement et d'après notre théorie devait être payé avant tous autres, et, en effet, nous constatons que le parlement de Toulouse (3), qui pourtant aurait dû se montrer assez réfractaire à cette idée nouvelle décide que l'apothicaire pour les drogues et médicaments

(1) Ch. xiv, p. 62 et s.

(2) Rem. Les privilèges généraux pouvaient concourir soit avec les privilèges spéciaux sur les meubles, soit avec les privilèges spéciaux sur les immeubles ; mais ces derniers ne pouvaient évidemment pas concourir entre eux.

(3) Maynard, t. I. l. II, ch. xlv.

fournis au défunt dont des biens sont en distribution doit être mis au même rang que les frais des obsèques et funérailles, et avant tous autres précédents créanciers. Cette proposition était vraie sur les meubles à l'encontre des privilèges immobiliers. Il en fut de même du privilège qui fut reconnu dans notre ancienne jurisprudence à ceux qui avaient fourni des aliments au débiteur, boulangers, bouchers, etc.

Il y avait donc un principe qui servit de guide à nos anciens auteurs, c'est que les créances, qui ont pour but d'assurer la vie du débiteur, devaient être mises sur un pied d'égalité tant par leur énergie, que par leur rang avec le privilège des frais faits pour assurer sa sépulture. Il devaient donc précéder tous les autres.

80. Cette solution donnée, nous devons nous demander comment les conflits entre les privilèges spéciaux étaient réglés.

Et d'abord sur les meubles. Dans les règlements des créances également privilégiées, on aurait dû d'après les principes admis en droit romain, rechercher leurs dates respectives pour en fixer la priorité; le privilège n'ayant plus ici d'utilité, il n'y avait pas d'autres conflits que celui qui résultait de la concurrence de deux droits réels; la date devait donc être le facteur principal du règlement.

Basnage, à ce propos, nous rappelle quelques arrêts intéressants qui résolvaient cette question : « si de deux obligations (également) privilégiées, la première en date

est préférable, ou si on doit les faire concurrencer (1)? » Un procès s'était élevé entre M. Guillaume Morin et M. des Hommett, lesquels avaient prêté séparément et l'un après l'autre des sommes d'argent à Deslandes, pour être employées en l'achat d'une charge d'huissier aux requêtes du Palais. Ils avaient fait tous deux les déclarations nécessaires pour obtenir le privilège accordé alors aux prêteurs de deniers pour l'acquisition d'un objet mobilier. A la discussion des deniers de l'office, Me Morin soutint « qu'ayant double privilège de temps et de la cause il devait être préféré » et Basnage de conclure : « La question générale fut amplement traitée par les écrits du procès et par l'arrêt la préférence fut adjugée audit Morin. » Avant cet arrêt du 28 juin 1668, un arrêt du parlement de Rennes du 3 janvier 1667 avait donné une solution pareille.

Cette solution ne fut pas admise par nombre de nos vieux auteurs ; sans nier la réalité du droit de préférence, Loyseau ne donnait pas la préférence aux créanciers les plus anciens sur les deniers de l'office parce que « l'hypothèque ne s'assied pas ou du moins n'imprime pas un caractère et un droit réel qu'on appelle suite par hypothèque, sur l'office non plus que sur les meubles ». Ainsi la question de date se trouvait liée pour cet auteur à la question de droit de suite, et l'impossibilité de l'un excluait l'autre. D'autres semblent s'en être tenus strictement et simplement à la règle *privilegia...* Bourjon con-

(1) Ch. XIV, p. 63.

sidérant l'hypothèque comme absorbée complètement dans le privilège, décidait que deux créances armées d'un même privilège devaient marcher d'un pas égal, l'uniformité de la cause de leur privilège doit donc les mettre au niveau ; s'il n'y a rien à perdre, il n'y a plus d'intérêts, s'il y a à perdre, la perte doit être entre eux soufferte par répartition. De là il s'ensuit que s'il y a insuffisance, il faut contribuer entre eux au sol la livre, leur condition devant être égale, puisque leur droit est égal ; c'est la conséquence qui résulte de proposition précédente... Cette contribution qui naît du concours du privilège est indépendante de la priorité ou postériorité de leur titre, puisque entre eux on ne le considère plus, mais qu'on considère la cause de leur créance... La différence de temps n'est plus d'aucune considération lorsque la cause du privilège est la même... (on le juge ainsi au Chatelet sur le fondement de la maxime *privilegium ex causa, non ex tempore* ; ce concours indépendant de la date a été jugé par arrêt du 10 avril 1677). »

Lorsqu'il s'agissait de déterminer, au contraire, la préférence de deux créanciers n'ayant pas le même privilège, la règle romaine était appliquée par tous les auteurs sans distinction. Toutefois, s'ils la connurent, ils ne semblent pas avoir établi d'après elle de hiérarchie bien nette. C'est ainsi que P. de l'Hommeau fait du privilège du vendeur de meubles, le premier des privilèges spéciaux (*max.* 394) et il donne la même solution pour celui du créancier gagiste (*max.* 396). Cependant un conflit pouvait s'élever

entre ces deux sortes de créanciers, ou du moins entre un vendeur et un créancier muni d'un gage tacite, un bailleur (Dans le cas d'un gage expres, l'objet du privilège étant sorti des mains du débiteur qui l'avait acheté à un tiers, celui-ci, le vendeur ne se trouve plus dans les conditions d'exercice de son privilège (*max.* 394). Ce cas écarté quel était le privilège préférable celui du vendeur ou du bailleur ? Il semble bien qu'au fond ce fut le privilège du bailleur « celui qui tient le gage, disait Loysel (1), a hypothèque privilégiée sur icelui avant tous autres... » Néanmoins la question était des plus controversées ; et si dans le ressort du parlement de Bordeaux on jugeait dans le même sens « le créancier qui a privilège sur la marchandise par lui vendue ne sera point préféré au loyer du louage ou du chauffage (2) ». Lapeyrère qui rapporte cet arrêt du 6 mars 1671 a soin de mentionner l'opinion contraire de Brodeau et de Bacquet. La discussion devait se poursuivre jusqu'au XVIII^e siècle. Pothier écrivait, en effet, après avoir parlé du privilège du marchand qui a vendu les tonneaux sur le vin qui s'y trouve, c'est-à-dire du privilège du vendeur d'une façon générale, que ce privilège paraissait « devoir marcher avant celui des seigneurs de métairie ou de rente foncière ; néanmoins il se fait bien des ordres où l'on place le privilège (3)... »

(1) C. III, t. VII, règle 8.

(2) Lapeyrère, *Lettre P.*, n° 131, p. 140.

(3) T. I, *de l'ordre*, p. 676.

Il n'y avait donc pas de hiérarchie absolument nette et établie dans notre ancien droit entre ces deux privilèges. Les causes respectives des créances spécialisées sur l'objet mobilier à la fois vendu et engagé, ne sont pas tellement favorables l'une par rapport à l'autre, qu'on ait établi à leur égard de principe constant.

81. Restent enfin les privilèges spéciaux immobiliers, que notre ancien droit avait connus : privilège du vendeur, de celui qui a prêté les fonds pour l'acquisition d'un héritage, et des ouvriers qui ont bâti, réparé, etc., une maison.

Pour les créances mobilières également privilégiées, nous avons vu (n° 80) les divergences d'opinions qui s'élevaient lorsqu'il s'agissait d'en régler le concours. Fallait-il ou non tenir compte de la date de naissance du droit réel annexé au privilège ? Si la question pouvait paraître délicate pour les simples droits mobiliers, elle devait l'être beaucoup moins lorsqu'il s'agissait des créanciers hypothécaires où la règle : *prior tempore, potior jure* joue un rôle capital. Basnage (1) ici encore, devait nous fournir des éléments de discussion très précis ; voici le procès qui en fut l'occasion. Le nommé Martin se constitua en 50 livres de rente envers Pierre Gervais écuyer, sieur de la Fossardière..., à la charge d'employer ses deniers au paiement d'une terre, dont il s'était rendu adjudicataire, et d'en faire la déclaration à la consignation (2). Le

(1) Ch. xiv, p. 72 et 73.

(2) Condition nécessaire pour acquérir le privilège du porteur de deniers.

lendemain, le dit Martin se constitua encore en 100 livres envers les religieux pénitents de Saint-Lô. Les héritages de Martin ayant été saisis réellement..., le sieur de la Fossardièrre demanda d'être colloqué privilégié sur la terre de la Cauvinière, comme ayant été acquise de ses derniers. Les religieux pénitents prirent les mêmes conclusions comme ayant le même privilège. « Et par sentence du juge de Saint-Lô, il fut dit qu'ils seraient colloqués en concurrence, dont le sieur de la Fossardièrre ayant appelé, je conclus pour lui qu'il avait été mal jugé... »

Examinons les arguments de droit invoqués par les adversaires devant la Cour « les intimés invoquèrent la loi *privilegia*... qu'ils prétendaient suivre littéralement. » Basnage, avocat de l'appelant, fit alors remarquer que la loi *privilegia* n'était applicable qu'entre créanciers personnels, mais non pas entre créanciers hypothécaires, ce qui est en l'espèce, « puisque parmi nous les contrats passés par devant notaires produisent hypothèque de leur nature ». Or, si un privilégié ne peut invoquer son privilège contre le créancier muni d'un privilège égal *privilegiatus non habet privilegiatum, contra æque privilegiatum*, il faut en ce cas « réduire les choses dans le droit commun..., parce que dans le concours de plusieurs privilégiés, ils s'empêchent et se détruisent les uns les autres..., car ne pouvant subsister ensemble, ni s'exécuter parce qu'autrement le privilège ne serait pas égal, il faut nécessairement que tout l'effet en cesse ». Et Basnage de constater l'identité des privilèges de l'appelant et de l'intimé, et de con-

clure qu'il faut alors revenir au droit commun : « Suivant la doctrine de Covarruvias, t. I, p. 23, col. I, *inter paria habentes privilegia præfertur is qui habet privilegium jure communi conveniens* ; or, en matière d'hypothèque, le droit le plus commun et le plus puissant est *qui prior est tempore, potior est jure*. » A l'appui de sa thèse, Basuage invoquait les paroles de Loyseau « la loi *privilegia* ne parle que des privilèges personnels et non des privilèges réels et hypothécaires qui ne concourent guère étant de différents temps, car entre privilèges égaux, un privilégié n'use point de son privilège contre un autre privilégié, *et res deducitur ad jus communi* et aux privilèges hypothécaires, c'est un droit perpétuel que *qui prior est tempore...*, parce que l'hypothèque dès son principe affecte tellement la chose qu'elle retient toujours par après cette impression. C'est pourquoi aux privilèges réels il n'y a point de concurrence ; comme de ceux qui ont prêté leur argent pour l'achat d'une maison, sous deux contrats portant hypothèques, le premier en date doit être mis en ordre avant les autres (1). »

Les intimés opposèrent que l'autorité de Loyseau ne devait pas être prise en considération, car « M. Charles Loyseau a dit plusieurs choses à ce sujet qui semblent contradictoires, car il dit que ceux qui ont prêté leur argent pour l'achat d'un office concurrent, mais que ceux qui ont

(1) *Des offices vénaux*, l. III, ch. VIII, n^{os} 87 et 88.

prêté leur argent pour l'achat d'une terre ne concurrent point, et que le plus ancien l'emporte (1) ».

Devant les arguments invoqués de part et d'autre, la Cour fut très embarrassée, et les opinions des juges ayant été partagées sur la cause, « elle fut appointée au Conseil, ce qui obligea les parties à s'accommoder ».

Cet exemple montre combien on discutait alors la notion du privilège, envisagée dans la préférence qu'il donnait au créancier. Dans quelle mesure fallait-il la conserver, et faire intervenir la qualité nouvelle de droit réel qu'on lui reconnaissait ? C'était là un élément de discussion ; elle montre que l'idée qu'on s'en faisait n'était pas parfaitement sûre (2). Aussi n'est-il pas étonnant de lire dans le plus éclairé de nos vieux auteurs, dans Pothier, cette règle « entre privilégiés, on n'a aucun égard à la date de la créance privilégiée » (3)... C'était la reproduction pure et simple de la règle *privilegia*... Vraie dans les rapports de créanciers munis de privilèges différents, elle ne l'était plus lorsqu'il s'agissait de causes également favorables, dont la date devait jouer alors le rôle principal.

82. Lorsqu'il s'agissait de privilèges immobiliers spéciaux différents, la *causa* intervenait seule pour en fixer le rang. C'est ainsi que nous voyons le vendeur de l'héritage préféré à tout autre (4), et c'est déjà ce que dans la

(1) Nous avons vu (n° 80) la raison de cette différence.

(2) Bardet, t. I, p. 276.

(3) T. X, p. 296.

(4) Pothier IX, p. 462, n° 145.

maxime 390, Pierre de l'Hommeau décidait « celui qui a vendu l'héritage décrété sur l'acquéreur est préféré pour le prix de la vendition ou de ce qui reste à payer ou des intérêts ». Le conflit dans lequel pouvait entrer le privilège du vendeur ne se produisait pas d'ailleurs en présence du privilège du prêteur des deniers qui ont servi à l'achat de l'héritage ; il fallait, en effet, pour que ce dernier privilège existât, que le versement des deniers prêtés ait été effectivement opéré entre les mains du vendeur ; et celui-ci perdait son privilège par suite du paiement. Le privilège du vendeur se trouvait donc plutôt en présence de celui des ouvriers qui avaient construit, amélioré... l'héritage, et dans ce cas on esquivait le conflit en séparant nettement l'assiette de chacun des privilèges (1).

Tels étaient les principes qui caractérisent dans notre ancien droit la notion de notre institution envisagée dans l'une (la principale) de ses conséquences. Cette étude éclaire et rend plus vivante l'idée qu'on se faisait alors de la réalité du privilège.

83. A cause de l'inégalité de traitement que notre institution faisait naître parmi les créances, en raison du droit de préférence qui en était le but final, la législation révolutionnaire soucieuse d'applanir autant que possible et partout, les inégalités, avaient supprimé le privilège en droit civil, qui éveillait une fâcheuse association d'idées inséparables de la nuit du 4 août. C'était dans le domaine

(1) Bourjon, t. II, p. 734.

politique comme en droit civil l'égalité de tous, et aucune loi n'y contrevenait. D'ailleurs, les volontés individuelles restaient libres, et la loi de Messidor an VII admettait deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque volontaire (ou conventionnelle), et l'hypothèque forcée (ou judiciaire). L'hypothèque privilégiée avait disparu, sauf toutefois au profit de l'Etat, la créance de la contribution foncière pour une année échue et pour l'année courante.

84. A ces principes rigoureux la loi du 11 brumaire, an VII, devait apporter une première atteinte en reconnaissant d'abord l'hypothèque légale, puis une seconde atteinte plus décisive encore par l'introduction de l'hypothèque privilégiée. Cette dernière classe d'hypothèques renfermait cinq éléments, parmi lesquels figuraient les frais d'inhumation et de dernière maladie, les gages des domestiques, les salaires dus aux ouvriers pour les constructions ou réparations faites à des immeubles (art. 11). Des privilèges simples, il n'en est pas parlé, et on appelle le privilège d'un nom qui le caractérise parfaitement, si on s'en tient à la tradition coutumière.

Il résulte de cette loi la prééminence de notre institution, dans tous les cas où elle existe, sur les créances hypothécaires et par *a fortiori* sur les créances chirographaires. C'est l'abandon complet des principes antiques, au profit des idées nouvelles qui sont un héritage direct de notre ancien droit. C'est que le nombre des privilèges personnels s'étant réduit à rien, par la multiplicité des cas où l'hypothèque était adjointe, il convenait de la faire dis-

paraître complètement. Si on admettait encore au ^{xvii}e et au ^{xviii}e siècle cette classe des droits de préférence, c'était par une survivance traditionnellement respectueuse des origines romaines ; il convenait donc de se débarrasser de ces *impedimenta* gênants, désormais inutiles dans une œuvre de législation, c'est-à-dire de classement, où tout devait être utilisable. La loi du 11 brumaire, an VII réalisa cette suppression, non sans d'ailleurs hésiter sur le nombre des privilèges à admettre. La loi de l'an III n'était pas très ancienne, on s'en souvenait encore, et les idées d'égalité politique étaient vivaces ; aussi le nombre des hypothèques privilégiées dans la loi de l'an VII fut assez modeste. Il appartenait aux rédacteurs du Code civil de secouer ces considérations presque politiques et de suivre, en l'amplifiant le mouvement commencé déjà. On admit alors les privilèges sous la forme et dans le nombre que Pothier avait indiqué dans ses œuvres et on fit voisiner dans un même titre, matériellement, les deux notions voisines juridiquement du privilège et de l'hypothèque. On leur consacra tout un titre qui fut pour l'un et l'autre le point d'aboutissement de l'évolution entreprise dans notre vieille France. La nature intime, les caractères, le nombre de ces institutions conservèrent leur aspect ancien. Dans le chapitre consacré par le Code au privilège, nous avons suffisamment établi la persistance de sa nature et de ses caractères, les articles 2096 et 2097 seuls nous restent à étudier.

85. Les privilèges qui peuvent entrer en conflit

sur les mêmes biens sont d'une part les privilèges généraux et les privilèges spéciaux sur les meubles et, d'autre part, les privilèges généraux et les privilèges spéciaux sur les immeubles. Dans l'un et l'autre cas on doit appliquer l'art. 2096 « entre les créanciers privilégiés la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges ». De là résulte que les privilèges généraux doivent avoir toujours le pas sur les privilèges spéciaux, car si on examine les créances énumérées dans l'art. 2101 on constate que leur cause est extrêmement favorable et que pour cette raison sans doute la loi leur a donné un droit général portant sur chacun des biens du patrimoine du débiteur. Elles procèdent toutes d'un motif d'humanité qui fait le plus souvent complètement défaut dans les privilèges spéciaux ; ceux-ci ont un intérêt exclusivement pécuniaire lequel doit s'incliner devant celui que garantissent les créances de l'art. 2101. C'est d'ailleurs conforme aux principes de notre ancien droit, à l'ordre suivi par le Code dans les articles 2101, 2102 et 2103 et enfin à l'art. 2105. Mais comme toute théorie doctrinale, celle-ci est éminemment discutable et discutée ; tout en reconnaissant le bien fondé de l'art. 2096 on décide parfois (1) qu'il faut plutôt examiner séparément les qualités de chacune des créances privilégiées et régler leur ordre d'après cet examen. Cette thèse fut consacrée par la Cour de cassation (2). D'ailleurs c'est toujours l'art. 2096

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 682 et s.

(2) Civ. Rejet, 19 janvier 1864. S. 64-1-60. — Civ. Cass. 15 mars 75. S. 75-1-311. — Civ. Cass. 18 juin 1889. S. 90-1-68.

qui guide dans cette matière les auteurs et la jurisprudence ; et c'est avec raison que se trouvent ainsi abandonnés les systèmes qui donnent toujours aux privilèges spéciaux la préférence sur les privilèges généraux simplement parce que les premiers « dérivent de sûretés réelles (nantissement, hypothèque mobilière, réserve de propriété) ou du droit de rétention qui est opposable aux créanciers du débiteur (1) ». C'est une remarque qui, selon nous, n'est pas justifiée et le serait-elle qu'elle ne pourrait entraîner un classement des privilèges sans être en opposition formelle avec la tradition consacrée par l'art. 2096 et surtout par l'art. 2105 (2), qui est loin d'être

(1) Planiol, t. II. p. 823.

(2) L'art 2105 a soulevé de fréquentes critiques. Dès 1850 dans le rapport sur le projet de réforme hypothécaire, M. de Vatimesnil réclamait déjà sa suppression ; les privilèges de l'art. 2101 ne se seraient exercés sur les immeubles qu'à l'encontre des créanciers chirographaires, et seulement s'il était resté quelque chose après le paiement des créanciers hypothécaires et des créanciers privilégiés spéciaux sur les immeubles. Plus catégorique un projet de loi de la même époque, présenté par M. Pougeard, supprimait les privilèges immobiliers « les privilèges ne s'exercent que sur les meubles » (art. 8 du projet). Plus tard la sous-commission juridique de la commission extraparlamentaire du cadastre (t. I, p. 217) vota qu'il n'y avait pas lieu de maintenir les privilèges généraux (sauf les droits de justice) s'exerçant sur les immeubles à l'encontre des créances hypothécaires ; dans son avant projet la sous-commission énumérant sans changement les privilèges de l'art. 2001 ajoutait « lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, l'excédent du prix est affecté par préférence au paiement des créances énoncées au présent article ».

Enfin dans la séance du 23 octobre 1908 le sénat adoptait

comme on le prétend une innovation (V. *infra*, n° 69) (1).

86. Dans l'ordre des privilèges généraux, le législateur a pris soin d'indiquer la hiérarchie à respecter en tenant compte ici encore des différentes qualités des privilèges.

Restent donc les privilèges mobiliers entre eux et les privilèges immobiliers entre eux.

87. En ce qui concerne les premiers il n'y a dans les textes que des indications assez restreintes ; force est donc à l'interprète de déterminer cet ordre que la loi qui se contente d'édicter les principes généraux, a cru préférable de passer sous silence, ne jugeant pas possible de prévoir toutes les hypothèses. L'interprète d'ailleurs, dans cet ordre d'idées, doit tenir compte essentiellement des principes généraux posés dans le Code qui ne sont que la traduction de la règle *privilegia*...

On peut grouper, pour faciliter cette étude, les créances de l'art. 2102 sous trois chefs : le privilège du créancier

l'art. 3 du projet Darlan, revu par la commission, ainsi conçu : « lorsqu'à défaut de mobilier, les privilèges énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les paiements se font dans l'ordre qui suit : 1° les créanciers désignés dans l'art. 2103 ; 2° Les frais de justice et autres énoncés en l'art. 2101. » Le 1^{er} décembre 1908 un amendement de M. Legendre modifia ainsi qu'il suit l'ordre établi : 1° les frais de justice faits dans l'intérêt commun ; 2° les créanciers désignés dans l'art. 2103 ; 3° les créanciers autres que les frais de justice, ci-dessus énoncés en l'art. 2101.

(1) Planiol, II, n° 29.

gagiste, celui du vendeur, et celui du conservateur. Examinons les conflits successifs.

D'abord celui du créancier gagiste et du vendeur. A cet égard il faut faire la remarque que nous faisons plus haut lors de l'étude de ce conflit dans notre ancien droit, et refuser au vendeur son privilège en présence d'un gagiste autre que le bailleur en raison de la perte de possession opérée dans ce cas par l'acheteur. Lorsque donc le vendeur d'effets mobiliers se trouve en concours avec le bailleur, le législateur a pris soin d'indiquer, que la préférence appartenait à ce dernier « à moins qu'il ne soit prouvé, que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire ». Le vendeur n'a donc la préférence que lorsque le bailleur a su que le mobilier n'était pas à son locataire. Il existe ici de la part du législateur une appréciation des qualités des créances respectives ; celle du bailleur renferme un élément humanitaire que l'autre ne contient pas ; le logement est un facteur important de l'existence, et le créancier de ce chef à la préférence sur les meubles du débiteur. Sur eux, il prime tout autre créancier privilégié spécial ; toutefois, en présence du vendeur, mais de lui seul, il n'aura plus que le second rang, s'il savait les meubles impayés. On lui reproche alors de ne s'être pas pourvu d'une autre sûreté, et ce reproche va jusqu'à faire tomber son privilège au moins relativement.

Dans cette explication réside le meilleur argument qu'on

puisse opposer aux auteurs (1) qui repoussant l'art. 2096, voient comme principe de règlement du conflit le fait seul de la possession. S'il en était ainsi pourquoi le législateur aurait-il envisagé la connaissance par le bailleur du fait que les meubles sont ou non au locataire ; il a un droit de gage et par suite il aurait un privilège, et ceci dans tout les cas. Puisque précisément la loi apporte une restriction, un correctif à ce privilège, c'est qu'elle ne considère pas seulement l'élément possessoire, mais encore, au moins la qualité de cet élément, et c'est d'après elle qu'elle règle le conflit de nos deux privilèges. C'est une application pure et simple de l'art. 2096.

88. Supposons maintenant que le conflit s'élève pour le créancier qui a conservé la chose, qui se trouve en même temps l'objet du privilège soit du vendeur, soit d'un créancier gagiste. On prétend d'ordinaire que le rang devient alors une question de dates, et l'on en conclut que l'art. 2096 se trouve en défaut ; qu'on ne peut tenir compte de la qualité du privilège, que le temps joue le rôle principal. Si cela était on pourrait peut-être ici trouver un argument favorable à la *réalité*, du privilège qu'on rejette ailleurs. Mais le plus étrange c'est que si on veut examiner les principes ordinaires et le système soutenu dans cette hypothèse spéciale, on constate que les résultats sont précisément contraires. En général, la préférence est donnée au créancier le plus ancien,

(1) Planiol, II, p. 824.

ici elle est donnée au créancier le plus récent ; si, en effet, les dépenses conservatoires sont antérieures à la vente ou au nantissement, ces dernières créances seront préférées aux premières et dans le cas contraire, la conclusion serait inverse. Il y a donc ici une anomalie, qu'on explique en disant que si la créance des dépenses conservatoires, doit être préférée à celles du vendeur ou du gagiste, c'est parce que le créancier en faisant ces dépenses a conservé le gage de l'autre créancier (1).

N'est-ce pas là au fond le vrai motif qui fait attribuer à ces créances le premier rang et pas seulement l'explication de cette exception à la règle *prior tempore, potior jure*.

Ce n'est pas parce qu'elles sont postérieures, mais bien parce qu'elles ont été utiles aux autres créanciers, que ceux-ci doivent reconnaître cette utilité en leur laissant la première place. Nous croyons que si l'on voulait compléter cette idée et rechercher sans parti pris, les rangs respectifs de ces créanciers, on dirait ceci : en principe la créance du vendeur ou du gagiste est préférable à celle du conservateur ; la qualité des premières étant supérieure à celle de ce dernier. Mais par exception au cas où le conservateur aurait été utile à ces deux créanciers, en leur conservant la chose c'est-à-dire leur privilège, la qualité de sa créance devient supérieure aux autres et c'est à lui qu'on

(1) Planiol, t. II, p. 825.

doit accorder la préférence. Quant à la question de date elle n'intervient selon nous que comme une sorte de moyen mnémotechnique. De cette façon l'art. 2096 reçoit encore son application normale.

89. C'est, à notre avis, la solution qu'il faut donner en ce qui concerne le conflit sur un même immeuble des privilèges immobiliers spéciaux. Une seule question à cet égard peut offrir un intérêt. C'est lorsque le privilège du vendeur et celui du copartageant se trouvent en présence (1). Deux hypothèses peuvent se présenter ; voici la première : le défunt avait acheté un immeuble ; il n'est pas encore payé lors de l'ouverture de la succession. Cet immeuble, par l'effet du partage, est mis dans le lot de l'un des cohéritiers et se trouve de ce chef soumis au privilège de l'art. 2102, 3^o au profit des cohéritiers ; il y a donc conflit entre le privilège du vendeur et celui des copartageants. Comment le régler ? Autre hypothèse : un immeuble appartenant au défunt a été mis dans le lot d'un des héritiers, se trouvant de ce chef grevé d'un privilège au profit des cohéritiers. L'héritier attributaire, le vend à un tiers qui ne paie pas ; l'immeuble se trouve alors soumis au privilège du vendeur ; d'où conflit, cette fois encore, entre les deux privilèges de l'art. 2103 1^o, et 2103 3^o. Comment déterminer la préférence ?

(1) La question du concours des privilèges du vendeur et de l'architecte est sans intérêt ; leurs privilèges s'exerçant respectivement sur deux valeurs distinctes. Il y a concours, il n'y a pas conflit.

On a proposé de la fixer d'après « la priorité de la vente ou du partage (1) ». Cette solution exacte en soi, attribue la préférence au vendeur dans notre première hypothèse ; aux copartageants dans la seconde. Mais ne faut-il voir là qu'une question de dates ? Le temps doit-il être ici le seul générateur de préférence ? Il faut, selon nous, allant au fond des choses, faire intervenir la différence essentielle des hypothèses. Remarquons-le, les titulaires des privilèges du vendeur dans les deux cas sont absolument différents ; les espèces ne sont pas du tout les mêmes.

Pourquoi, d'une façon générale, donne-t-on au vendeur un privilège ? C'est parce qu'il a fait entrer dans le patrimoine du débiteur une valeur qui augmente le gage des créanciers, et que ceux-ci doivent lui exprimer leur quasi-reconnaissance en lui laissant la première place. C'est précisément cette raison qui doit faire s'incliner les cohéritiers dans la première hypothèse. Le vendeur a augmenté l'actif successoral ; les héritiers devront admettre la supériorité de sa créance, quelques favorables que puissent être leurs droits les uns à l'égard des autres. Inversement dans le second cas, le vendeur n'est plus un tiers, c'est l'un des héritiers ; sa part répond de la garantie qu'il doit pour celle des autres, et cette garantie, il ne saurait la diminuer par un acte, qui lui serait uniquement profitable (2). On voit donc émerger dans chacune de ces

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 700.

(2) Planiol, II, n^{os} 2546 et 2547.

hypothèques, le motif qui fait préférer l'un des privilèges à l'autre. C'est la qualité de la créance qui assure cette prépondérance, c'est la *causa* romaine. Par hasard, cette *causa* se trouve concorder avec la priorité des dates, mais il n'y faut voir qu'une coïncidence. Coïncidence commode, qui permet, à l'aide d'une formulè simple, de résoudre les deux équations qui peuvent se présenter. Mais elle n'a d'autre valeur qu'une formule, et comme toute formule, c'est le raisonnement qui en est la base, qu'on doit envisager.

90. De l'examen auquel nous avons ainsi procédé, il ressort que l'art. 2096 trouve dans les différents cas de conflits de privilèges reconnus par notre Code, son application absolument logique. Cela n'est pas pour étonner. L'art. 2096 est le corollaire obligatoire de l'art. 2095, et son principe c'est le principe romain, traditionnellement maintenu dans notre ancien droit. Notre Code n'est qu'une consécration.

91. En fut-il de même des conflits entre créanciers ayant le même privilège ? A cet égard, l'art. 2097 dispose « les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence ».

Si on s'en était tenu au privilège romain, simple droit accessoire des créances chirographaires, on devrait conclure de cet article qu'entre créanciers munis d'un même droit de privilège, le prix du bien ou des biens se distribuerait entre eux par contribution, car le paiement par concurrence des créances chirographaires, c'est le paiement par

contribution. Ce serait logique, le privilège ne jouant aucun rôle dans le règlement de leurs conflits, ils seraient tous dans la même situation que des créanciers chirographaires simples, les uns vis-à-vis des autres.

Seulement nous avons vu que le privilège avait changé de nature ; qu'il constituait un droit réel portant sur la chose ou les choses composant le patrimoine, ayant à leur égard le caractère d'une *charge*. Si donc cette nature intrinsèque se trouve indifférente lorsqu'il s'agit de privilèges différents dont le rang dépend de leurs qualités respectives, il n'en est plus ainsi, lorsque leurs privilèges étant semblables, deux ou plusieurs créanciers se trouvent les uns et les autres munis d'un même droit réel, de même origine, par suite se neutralisant quant à la préférence.

Ils doivent se trouver en présence ; l'art. 2097 le dit bien ; seulement quels principes viendront régler ce conflit ? C'est là au fond toute la question. On ne peut plus faire intervenir le droit romain, qui n'envisageait que des créances chirographaires ; ce n'est pas le cas. Nous sommes en présence de droits réels et les règles qui leur sont propres sont très différentes de celles que pose l'art. 2093. Qu'on n'objecte pas que les deux privilèges se neutralisant par leur équivalence, doivent s'annihiler ; il n'en est rien ; l'hypothèque, peut voir disparaître son droit de préférence dépendant de sa date, sans perdre pour cela sa nature réelle ; un exemple : deux hypothèques ont été constituées le même jour ; elles ne peuvent être préférées l'une à l'autre. De ce que le droit de préférence est entravé, cela les empêche-

t-il de demeurer des droits réels ? certes non. Ils en est de même de deux privilèges de même qualité : ils se neutralisent dans leur effet principal, mais ils n'en continuent pas moins d'être des droits réels. C'est cette dernière qualité qui va désormais intervenir pour régler cette concurrence dont parle l'art. 2097.

Cet article, remarquons-le, n'est pas la traduction littérale de la loi *privilegia*. Celle-ci comportait un membre de phrase que le Code ne reproduit pas ; ce sont les mots *licet diversitatis temporis fuerint*. Le silence de l'art. 2097 est tout à fait caractéristique, à notre avis. Les rédacteurs de l'an VIII ont connu les divergences d'opinion que faisait naître le texte latin, et ils ont voulu y couper court, en ne reproduisant pas les derniers mots qui soulevaient toutes les controverses. Ils consacrèrent ainsi les opinions très répandues de Basnage et de Loyseau dans le cas des privilèges réels, les seuls qui subsistent.

92. Nous déciderons donc que la date de leurs créances deviendra, pour les créanciers également privilégiés, le principe du règlement de leur conflit (1).

(1) Sans utiliser la nature du privilège, droit réel, un auteur M. Valette aboutit à une solution pareille, en faisant du privilège « une sorte de réserve ou de détraction opérée au profit du créancier au moment même où le bien a été transmis au débiteur comme le sont les privilèges spéciaux sur les immeubles et certains privilèges particuliers sur les meubles » (p. 13). Parmi ces derniers figurent d'après M. Valette ceux du vendeur, des frais de conservation, du bailleur d'un bien rural sur les fruits de la récolte de l'année, des créanciers des sommes prêtées pour semences, frais de récolte ou ustensiles. Lorsque dans ces divers cas le privilège

Pour les privilèges spéciaux mobiliers, la question de date est tout à fait prépondérante ; de deux vendeurs, le plus ancien sera préféré, de même de deux créanciers gagistes, et de deux créanciers ayant fait des dépenses conservatoires. Ce système reçoit sa confirmation, lorsqu'il s'agit parmi les privilèges immobiliers spéciaux du seul privilège qui peut appartenir aux mêmes titulaires, c'est-à-dire du privilège du vendeur, « s'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite... ». C'est la confirmation de notre théorie, en même temps que la consécration des idées traditionnellement en cours dans notre ancienne jurisprudence.

En ce qui concerne les privilèges généraux qui ont eux aussi le caractère d'être des droits réels, la logique rigoureuse nous conduirait à des conséquences identiques, et à régler les conflits des créanciers armés du même privilège général par la date des créances respectives. Cette solution toutefois se heurte à quelques difficultés d'ordre humani-

constitue un droit retenu « la priorité du rang appartient, sauf l'application de la maxime en fait de meubles, possession vaut titre » à celui au profit duquel la première réserve ou retenue a été opérée, par exemple, au premier vendeur. En effet, ajoute cet auteur « le bien ne passant dans le patrimoine du premier acquéreur qu'avec la réserve d'un privilège, les privilèges spéciaux postérieurs tels que celui du deuxième vendeur ne peuvent s'établir que sur la valeur qui excède le premier privilège. Dans ce classement des droits il y a quelque chose certainement de l'application de la règle *prior tempore, potior jure* (*Traité des privilèges et hypothèques*, p. 394).

taire qui la font nécessairement rejeter. On comprendrait difficilement, par exemple, que tel fournisseur qui eut livré au débiteur des aliments à une époque très voisine de sa ruine, se voit préférer le fournisseur de date plus ancienne. A mesure que la déconfiture du débiteur s'accroissait, il devenait plus dangereux de lui accorder un crédit ; des deux créanciers le moins certain d'être payé était précisément le second, le plus récent ; et pourtant il a fourni des aliments obéissant à un sentiment d'humanité beaucoup plus marqué que l'autre. Vouloir dans ces conditions donner à celui-ci la préférence, ce serait se mettre en contradiction avec le but poursuivi par le législateur. Aussi reconnaissons-nous volontiers cette exception à notre système général. Elle n'est peut-être pas juridique, mais elle est humaine.

93. On voit donc que malgré la transformation absolument certaine du privilège, malgré son caractère nouveau, les idées générales d'origine antique, reproduites dans les 2095 à 2097 sont parfaitement et logiquement maintenues (1). La notion du privilège dans notre Code est parfaitement nette ; elle fut empruntée au droit romain, et malgré sa transformation, certaines des idées qui la constituent ont subsisté ; mais ce qu'il faut appliquer ce sont les principes à peine différents, mais différents quand même, qui réglaient les hypothèques privilégiées, puisque chez nous le privilège est toujours un droit réel. Il existe donc des caractères généraux des privilèges ; nous les avons étudiés ;

(1) *Contra*, Planiol II, n^{os} 2546 et 2547.

nier leur existence, c'est nier l'évidence qui ressort de la tradition comme des textes modernes.

§ 2. — *Droit de suite* (1).

Etant muni d'un droit réel, indépendant des rapports de personnes, le créancier privilégié possède un droit opposable aux tiers, et en particulier, aux tiers détenteurs. Si donc l'objet, meuble ou immeuble, d'un privilège est aliéné par le débiteur, le créancier pourra en principe *suivre*, ce qui est sa sûreté réelle. C'est ainsi que cela se produira pour les privilèges immobiliers spéciaux, et pour les privilèges généraux lorsqu'ils s'exerceront subsidiairement sur les immeubles. Mais dans les autres hypothèses, le principe du droit de suite se heurte à l'application de l'article 2119 combiné avec l'article 2279. Les privilèges mobiliers spéciaux, bien que théoriquement générateurs du droit de suite ne peuvent en pratique entraîner l'exercice que contre les acquéreurs de mauvaise foi, sauf s'il y a eu perte ou vol auquel cas le droit de suite s'exercera même contre les acquéreurs de bonne foi.

(1) L'étude du droit de suite des privilèges ne sera qu'exquissée, en raison de développements importants qu'un travail approfondi pourrait entraîner. Consulter à cet égard *Thèse de M. Moissenet*. Nous nous bornerons à poser cette question dont la nature exige ici qu'elle prenne place.

Il n'y a qu'une exception à ce principe dans l'art. 2102-1° au profit du bailleur d'immeubles.

Nous en dirons autant en ce qui concerne les privilèges généraux en tant qu'ils s'exercent sur les meubles, puisqu'ils ne sont qu'un ensemble de privilèges mobiliers spéciaux.

Il n'y a qu'un cas où le droit de suite ne s'exercera jamais, c'est lorsqu'il s'agit des privilèges portant sur des sommes d'argent (privilège sur le cautionnement des fonctionnaires publics...) Ces privilèges ont leur assiette sur des valeurs qui ne sont pas des corps certains, dès lors l'exercice du droit de suite devient impossible (1).

(1) A ces deux conséquences (dr. de préférence et dr. de suite) du privilège, il faut ajouter dans notre ancien droit l'impossibilité pour le débiteur d'obtenir en cas de dette privilégiée, un « respit » accordé par des lettres ou quinquénelles. Celles ci donnaient un délai de 5 ans au débiteur pour se libérer sauf toutefois au cas de privilèges (Loysel, l. IV, t. VI, règle 2, ordonnance d'août 1669 titre des respits art. 2). — Le créancier privilégié avait de plus le droit de saisir, comme en vertu d'un jugement (*Grand Coutumier*, l. II, t. des exécutions des lettres).

CHAPITRE III

DE LA COMPARAISON DES DEUX NOTIONS DE PRIVILÈGE ET D'HYPOTHÈQUE

95. Si le privilège fut l'objet d'une transformation complète depuis son origine jusque dans notre Code, l'hypothèque est loin d'avoir subi une évolution aussi radicale ; de tous nos emprunts au droit romain, elle est peut-être le seul qui soit demeuré aussi profondément intact. Notre ancien droit la connut sous le nom d'*obligation par speciale* et plus tard sous celui d'*obligation générale*. Il lui conserva sa nature et ses caractères latins. Seuls ses cas d'application furent restreints aux immeubles. C'est le seul changement qu'on lui apporta. Pourtant cette institution devait en pénétrant dans notre Code, soulever des discussions sans fin, mais ces discours « où de part et d'autre l'on a déployé le plus de science et le plus de talent (1) » n'ont eu d'autre objet que la question fiévreusement discutée de la publicité à donner aux constitutions

(1) Locré, t. XVI, p. 49.

d'hypothèques ; quant aux principes abstraits ils furent conservés sans débats.

Sachant ce que nous avons indiqué du privilège antique et déduisant d'autre part de notre hypothèque moderne la notion de l'hypothèque romaine, on comprendra aisément que nous ne voulions établir aucun parallèle entre ces deux institutions absolument dissemblables, dont la nature comme les conséquences ne pouvaient être l'objet d'aucune comparaison (1). Aussi n'est-ce pas ce que nous voulons faire. Nous ne chercherons pas davantage à rapprocher ces deux notions telles qu'on les avait dans notre ancien droit ; ce serait là une faute juridique et critique capitale, tenant à l'imprécision de chacun des termes de la comparaison. Ceux-ci sous l'influence de la formation, se trouvant dans un état d'instabilité peu favorable à une telle étude.

Il faut donc arriver jusqu'à notre Code pour rechercher la similitude ou la dissemblance de ces deux droits accessoires, qui ont déjà cette communauté d'apparence d'attribuer au créancier sur le prix du bien grevé un droit de préférence.

95 *bis*. Ce n'est pas là d'ailleurs leur seul point de ressemblance ; nous avons établi la *réalité* du privilège et cette *réalité* de laquelle découle précisément ce droit de préférence, constitue le fond même de leur similitude. Ce sont l'un et l'autre deux droits réels sur la chose meuble ou immeuble, affectée au paiement de la dette et de là les

(1) Accariaz, t. I, p. 710.

conséquences suivantes : droit de préférence (dans tous les cas) et droit de suite (quand l'objet du droit est un immeuble).

Il y a donc là une identité de nature tout à fait remarquable.

De leur nature réelle résulte également qu'ils sont des démembrements de la propriété, bien que ce point soit discuté (1). Certes, ils ne procurent pas comme la plupart des autres démembrements de la propriété (usufruit, usage, etc.) la jouissance du bien en totalité ou partiellement ; mais il n'en est pas moins vrai que le droit de propriété n'étant qu'un faisceau de tous les droits réels, de ce fait que l'un d'eux appartient à un autre que le propriétaire, il résulte que ce dernier n'a plus entre ses mains les attributs de propriété intacts. Les droits d'aliénation, d'usage ne sont plus libres, et ne s'exercent plus que sous réserve du droit réel de privilège et hypothèque, lesquels possèdent ainsi une existence indépendante. Puisque ces mêmes droits portent atteinte à l'intégrité du droit absolu de propriété, qu'ils rendent incomplet, c'est qu'ils possèdent cette partie du droit de propriété qui fait précisément défaut à son titulaire, c'est qu'ils sont un démembrement du droit de propriété.

Enfin, et pour achever l'énumération des caractères communs qu'on leur reconnaît généralement, ajoutons que

(1) Beudant, p. 225, n° 270 ; — Valette, *Privilèges et hypothèques* n° 124 ; — Thézard, n° 258 ; — Baudry Lacantinerie et de Loynes, p. 305 ; — *Contra*, Surville, II, p. 282. Planiol, II, p. 844.

le privilège, comme l'hypothèque, « procure au créancier le bénéfice de l'indivisibilité » (1) ; le bien grevé est dans son entier considéré comme affecté au paiement de chacune des portions de la dette, et de plus à la mort du débiteur et sans tenir compte du nombre des héritiers, le créancier privilégié dont le droit réel repose sur l'un des biens successoraux le fera saisir et vendre, soit avant, soit après le partage et sur sa valeur sera payé complètement, sans qu'il lui soit nécessaire de diviser son action conformément à l'art. 1220. Cette solution est indéniable pour tous les privilèges immobiliers, elle n'est pas moins certaine pour le droit de gage (art. 2083) elle doit l'être aussi pour les autres privilèges, car « il est conforme à la raison de généraliser cette solution ; le caractère du privilège ne peut évidemment varier avec le motif sur lequel cette sûreté est fondée ».

96. Telles sont les ressemblances qu'on s'accorde à leur reconnaître ; mais à côté d'elles l'opinion générale a trouvé des différences que l'on qualifie de « très notables, et qui rendent, dit-on, ces deux notions très éloignées l'une de l'autre (2) ».

On relève la première différence « au point de vue de l'origine du privilège et de l'hypothèque. » Le privilège puiserait dans la loi son existence, alors que l'hypothèque peut résulter d'une convention particulière. C'est, on peut le

(1) Guillouard, t. I, p. 177. — Beudant, I, 175. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, p. 306.

(2) Surville II, n° 544.

dire, une généralisation hâtive d'observations incomplètes et la preuve c'est qu'on s'empresse de reconnaître que parmi les privilèges, il en est un, celui qui vient du gage, qui échappe à la règle générale.

Il résulte d'une convention, c'est-à-dire d'un acte de volontés privées et individuelles, et non pas d'une décision législative. C'est donc un privilège qui ne se trouverait pas déplacé au milieu des hypothèques, et on peut affirmer qu'il n'est qu'un privilège conventionnel, absolument comme on dit qu'il y a des hypothèques conventionnelles. Ce n'est pas tout ; les hypothèques légales fournissent un autre point de contact entre ces deux droits réels : elles sont attribuées de plein droit à certains créanciers et ont remplacé le plus souvent les privilèges personnels romains dans notre ancien droit, et cette origine qu'on ne peut oublier en même temps que leur nature de droits légaux resserrent la similitude.

Cette dernière remarque achève de faire tomber la différence qu'on veut trouver et qu'on croit caractéristique entre les deux droits que nous rapprochons. Leurs origines sont loin d'être dissemblables ; elles sont en tous les cas assez voisines pour ne pas établir la différence notable qu'on reconnaît parfois.

97. Il faut en dire autant des biens que peuvent affecter chacune de ces deux sûretés. Les privilèges, dit-on généralement, peuvent être établis tant sur les meubles que sur les immeubles, tandis qu'au contraire l'hypothèque ne saurait, en présence des termes formels de

l'art. 2118, porter que sur des immeubles. Si l'on veut s'en tenir aux apparences, sans examiner le fond des choses, il n'y a certainement pas du moins en droit civil d'hypothèques mobilières. Le nom ne figure qu'en droit maritime pour caractériser l'une des variétés de ce droit. Mais cette absence d'étiquette ne peut enlever à certaines créations législatives leur nature intime, et malgré le silence des mots, on est bien obligé de reconnaître sinon dans la loi du 1^{er} mars 1898, au moins dans celle du 17 mars 1909, la création d'une hypothèque mobilière. Le législateur qualifie les droits qu'il a créés de « nantissement » ou de « gage » ; mais qu'est-ce donc qu'un gage sans dessaisissement, si ce n'est une hypothèque ? La vérité, c'est qu'il existe des hypothèques mobilières comme il existe des privilèges mobiliers. Elles donnent au créancier le droit de préférence toujours, et parfois le droit de suite (*hypo. maritime*, loi 1^{er} mars 1898). On voit combien est incertaine cette fois-ci encore la différence qu'on croit trouver entre nos deux institutions au point de vue de leurs assiettes respectives. Il y a des hypothèques mobilières et immobilières comme il y a des privilèges mobiliers et immobiliers. Lorsque l'un et l'autre droit réel frappent les immeubles, ils ont les mêmes conséquences ; mais sur les meubles le droit de suite devient exceptionnel.

98. Beaucoup plus caractéristiques bien qu'aussi peu convaincantes sont les différences qu'on veut trouver en ce qui concerne l'ordre des privilèges entre eux d'une part,

et d'autre part, l'ordre des privilèges par rapport aux hypothèques.

Les art. 2096 et 2097 qui déterminent le classement des privilèges, sont, il est vrai, le rejet de la règle *prior tempore, potior jure*, qui règle le conflit des hypothèques. Outre que cette différence est des plus justifiées, suffit-elle pour rendre impossible tout rapprochement entre les deux institutions? Le privilège est toujours un droit réel, la preuve, c'est que lorsque les privilèges, par leur identité, se neutraliseront, chaque créance n'en demeurera pas moins réelle, et la question des dates interviendra alors. Au fond, c'est quelque chose qui ressemble fort à ce qui se produisait en droit romain pour les créances hypothécaires privilégiées; de ce qu'elles étaient privilégiées, en étaient-elles pour cela moins hypothécaires? Et cette remarque répond à la deuxième objection que nous indiquions, tirée de l'art. 2095, *in fine* : « Le privilège rend la créance préférable à toutes autres, même hypothécaires. » La véritable faveur qu'il donne consiste donc dans le double fait de rendre réelle la créance et de placer ce droit réel avant l'hypothèque.

99. Au fond hypothèque et privilège ce sont deux droits de même nature, dont l'un seulement est supérieur à l'autre.

Il n'y a d'autre différence entre eux qu'une différence de rangs.

Pourquoi en présence de cette identité ne pas conclure, en tenant compte de leur ordre respectif, que le privilège n'est pas autre chose qu'une hypothèque, mais une hypo-

thèque munie d'un rang de faveur, c'est-à-dire une hypothèque privilégiée ? C'est, en effet, à notre avis la conclusion qu'il faut tirer de cette étude de la notion du privilège. Que les privilèges immobiliers soient des hypothèques privilégiées, cela n'est pas douteux ; tout le monde l'admet et au fond la vraie raison de cette opinion générale, c'est l'identité de l'objet de ces droits. Mais pour les privilèges spéciaux mobiliers, on hésite devant cette assimilation. Pour nous, un droit ne peut changer de nature avec l'objet sur lequel il porte ; qu'on n'objecte pas que le défaut du droit de suite est susceptible de modifier la nature du droit qui l'engendre habituellement ; des remarques à cet égard sur l'hypothèque paraissent convaincantes (1). Il faut donc admettre la nature hypothécaire du privilège mobilier spécial ; il faut aussi la reconnaître aux privilèges généraux. De même qu'il existe des hypothèques générales, de même il existe des privilèges généraux. De même qu'une hypothèque générale, n'est pas autre chose qu'un ensemble d'hypothèques spécialisées, de même le privilège général nous apparaît comme un faisceau de privilèges spéciaux.

Ainsi ressort dans son unité la notion du privilège dans le Code civil, et la raison de son voisinage avec l'hypothèque. Ce sont des droits identiques. La seule différence, et elle n'est pas de leur essence, c'est la priorité

(1) La loi de juillet 98 sur les warrants agricoles n'engendre pas de droit de suite, cependant M. Planiol (II, n° 2714) reconnaît qu'elle a créé une hypothèque.

de l'un sur l'autre, et cette différence n'a d'effet qu'au moment du paiement des créances.

Au fond, il est aussi difficile de dire qu'une hypothèque n'est pas de même nature qu'une autre parce que celle-ci précède celle-là, qu'il est impossible de prétendre que le privilège diffère de l'hypothèque en général en invoquant la seule différence véritable, de la préférence de l'une à l'autre.

Peut-être pourrait-on s'étonner, si telle est la notion du privilège, dans l'esprit des rédacteurs du Code, qu'ils n'aient pas en plus des trois sortes d'hypothèques, reconnu un quatrième type, l'hypothèque privilégiée ? cette objection ne peut nous arrêter ; il ne faut pas oublier, en effet, que les art. 2118 et 2119 procèdent directement de nos traditions coutumières auxquelles se conformaient les auteurs en prohibant l'hypothèque mobilière. Il leur était impossible au moins dans les termes de l'intitulé du titre, de faire entrer sous le vocable hypothèque, nos privilèges des art. 2101 et 2102. Avec cette expression, on les supprimait forcément. Comme on voulait les maintenir, on conserva les apparences, et on leur donna le nom de privilège. Ce mot correspondait aux principes traditionnels. Mais c'est une étiquette qui ne peut faire illusion.

Avec M. Comet de Sauterre (1) nous dirons que le privilège n'est qu'une espèce, dont le genre est l'hypothèque, et la preuve directe, c'est que, comme le fait très justement remarquer cet auteur, le Code désigne du seul mot « d'hypothèque » des droits qui, à n'en pas douter renferment

(1) T. IX, p. 8, n° 6 *bis*.

tant l'hypothèque proprement dite, que les privilèges. Ce sont les art. 2167 et 2170 qui parlent de l'héritage hypothéqué ou de dettes hypothécaires et font partie d'un chapitre (ch. vi. l. III t. XVIII) intitulé « de l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs ».

Ces articles concernent donc les privilèges immobiliers spéciaux indubitablement ; les privilèges généraux aussi en tant qu'ils s'exercent sur les immeubles ; ajoutons à ces droits certainement hypothécaires les privilèges généraux sur les meubles, (la nature d'un droit ne pouvant varier avec son objet) et les privilèges mobiliers spéciaux. Enfin de l'absence du droit de suite pour quelques-uns des privilèges, on ne peut déduire leur impossibilité d'être des hypothèques, ce sont des hypothèques en tant « qu'elles peuvent exister dans les principes du Code civil sur un bien mobilier. »

100. Le privilège n'est donc qu'une hypothèque privilégiée. C'est dire quelle place peut tenir dans notre droit, cette notion et ses conséquences. Infiniment modeste à ses débuts, elle aboutit enfin à pénétrer la plus importante de nos sûretés réelles, et à en prendre la nature. Et son étude ne peut plus être qu'un des chapitres de cette étude plus générale, l'hypothèque.

Vu le Président de la thèse.

C. MASSIGLI.

Vu le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer,
le Vice-Recteur,
de l'Académie de Paris.

LIARD.

TABLE DES MATIÈRES



BIBLIOGRAPHIE	v
INTRODUCTION	i

CHAPITRE PREMIER

DE LA NOTION DU PRIVILÈGE CONSIDÉRÉ EN SOI

SECTION I

De la date de la création du privilège.

§ 1. — *Droit grec.*

Nos		Pages
1.	Le droit grec n'a pas distingué la notion du privilège de celle de l'hypothèque ou du nantissement	5
2.	Opinions diverses quant à l'existence en Grèce du privilège du vendeur, du copartageant, de la femme mariée — Réfutation.	8
3.	Du seul privilège existant en Grèce	14
4.	De la πρωτοπραξία du fix.	17

§ 2. — *Droit romain.*

5.	Le privilège apparut probablement après la <i>ventio bonorum</i> , mais avant l'hypothèque . . .	19
6-7.	Les privilèges étaient <i>intuitu causæ</i> — ou <i>intuitu personæ</i>	29
8.	Des créances hypothécaires privilégiées. . . .	27

Nos		Pages
§ 3. — <i>Ancien droit français.</i>		
9.	La notion du privilège existant dans notre ancien droit	30
10.	Son but nouveau.	32
11-11 bis.	Des divers privilèges — le gage générateur de privilège	36-39
12.	La <i>gagerie</i> de notre ancien droit	40
13.	Les hypothèques privilégiées des Romains ne sont plus que des hypothèques légales	43

§ 4. — *Droit civil moderne.*

14.	Les privilèges dans notre Code.	43
-----	---	----

§ 5. — *Législations étrangères.*

15-16.	Pays de droit germanique : Allemagne, Autriche, Suisse allemande	45
17.	Pays de langue latine : Espagne, Italie, Suisse romande, Belgique.	48
18.	Le « lien » anglais.	52

SECTION II

Du fondement de la notion du privilège

19.	La <i>causa</i> et la <i>persona</i> romaines	53
20.	Les privilèges de <i>cause</i> deviennent la très grande majorité dans notre ancien droit.	55
21-22.	Naissance du privilège du vendeur — probablement par imitation du privilège du créancier gagiste	57-58
23.	D'après Domat le privilège né du gage n'est pas un vrai privilège. Réfutation.	64
24.	Le privilège et le gage tacite attachés à certaines étaient indépendants à l'origine	67
25-26.	Utilité du privilège spécial — qualité de la créance du vendeur de meubles	69

Nos		Pages
27-29.	Du privilège du vendeur d'immeubles — son fondement	74
30.	A. 2095 du Code civil	79
31.	La <i>causa</i> est certaine dans les privilèges généraux.	81
32-35.	Quid en ce qui concerne les privilèges spéciaux ? opinion de M. Planiol. — Réfutation	88

SECTION III

Les sources du privilège

36.	En droit romain.	89
37.	Ancien droit — Rôle de la volonté en cas de gage.	90
38.	En droit moderne. — La loi. — La volonté. . .	91
39.	Rôle créateur des tribunaux.	93
40-41	Théorie de M. Labbé « des privilèges sur les créances » réfutation	96
42.	Art. 3 loi du 19 février 1889.	100

SECTION IV

La nature du privilège

43.	Le privilège est une garantie réelle toujours lorsqu'elle porte sur les immeubles, parfois quand elle porte sur les meubles. C'est toujours un droit réel.	103
44.	Utilité de l'étude des précédents historiques . .	106

§ 1. — Droit romain.

45.	Le privilège n'est pas un droit réel, ni un droit personnel à proprement parler.	107
46-47.	C'est un droit accessoire, de prélèvement . . .	109
48.	Associé à l'hypothèque il avait un peu l'aspect du droit réel.	110
49.	Confusion chez les jurisconsultes du <i>privilegium</i> et du <i>pignus</i>	112
50.	Le privilège des frais funéraires malgré son rang n'est pas un droit réel.	114

N ^{os}		Pages
§ 2. — <i>Ancien droit.</i>		
51.	Distinction du privilège réel et du privilège personnel	116
52.	Le privilège <i>réel</i> à l'époque de Loyseau n'est pas autre chose que le privilège personnel joint à l'hypothèque	117
53-54.	Mais plus tard il devient un véritable droit réel. Raisons	118
55.	Le privilège réel portait sur les meubles comme sur les immeubles	122
56.	Analogie du gage et du privilège	123
57.	Les privilèges généraux étaient aussi des droits réels	124
58-59.	Les privilèges personnels n'existaient plus dans notre ancien droit vers le xviii ^e siècle.	126

§ 3. — *Droit civil moderne.*

60.	Influence coutumière dans la rédaction du Code .	127
61.	Position de la question	129
62-64.	Le Code a maintenu la réalité coutumière . . .	129
65.	Théorie de M. Planiol d'après laquelle la plupart des privilèges ne sont pas des droits réels. Réfutation.	133
66-67.	Tous les privilèges, même généraux sont des droits réels.	137

CHAPITRE VI

DE LA NOTION DU PRIVILÈGE CONSIDÉRÉ DANS QUELQUES-UNES DE SES CONSÉQUENCES

SECTION I

Des biens soumis au privilège.

68.	Droit romain : il existait probablement un privilège spécial	144
69.	Ancien droit : les privilèges généraux.	147
70-72.	Les privilèges spéciaux.	149

Nos	Pages
73-74.	Des biens soumis aux privilèges dans le Code civil de 1804
	154

SECTION II

Des avantages résultant du privilège.

§ 1. — *Droit de préférence.*

75-77.	En droit romain	157
78-79.	Ancien droit : les privilèges généraux primaient les privilèges spéciaux	164
80.	Règlement des privilèges spéciaux mobiliers entre eux, égaux ou non	160
81-82.	Règlement des privilèges immobiliers	176
83-84.	Droit intermédiaire : lois de messidor an III et du 22 frimaire an VII.	175
85-86.	Application certaine de l'art. 2096 C.c. pour les privilèges généraux.	176
87-88.	De même pour les privilèges spéciaux mobiliers et immobiliers	180
90-93.	Concours des créanciers également privilégiés ; art. 2097 — Son Interprétation.	185

94. § 2. — *Droit de suite.*

CHAPITRE III

DE LA COMPARAISON DES DEUX NOTIONS DE PRIVILÈGES ET D'HYPOTHÈQUES

95-95 bis.	Caractères communs.	192
96-98.	Les différences ne sont pas caractéristiques	195
99.	Ces sont deux droits de même nature.	198
100.	Le privilège n'est qu'une hypothèque douée d'un rang de faveur.	201

